Die
Einreden aus § 986 BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Gottfried Reinhard Sarfert
Referendar in Dresden.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1906.

Meinem Vater.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Unsere Aufgabe 1
§ 2. Geschichtliches 4

Erster Teil.

Allgemeines über die Einreden.

§ 3. § 986, seine Idee und seine Begriffe 10
§ 4. Das Wesen der Einreden aus § 986 16
§ 5. Das Recht zum Besitze 29
§ 6. Das Recht zum Besitze gegenüber dem Eigentümer . . 37
§ 7. Wirkung des Rechts zum Besitz im Konkurse des verpflichteten Eigentümers 43

Zweiter Teil.

Die Einreden im besonderen.

§ 8. Die Einrede aus eigenem Rechte zum Besitze 47
§ 9. Die Einrede aus fremdem Rechte zum Besitze 50
§ 10. Der zum Sebstbesitz, aber nicht zur Besitzüberlassung berechtigte Dritte 56
§ 11. Die Einrede gegen den neuen Eigentümer (§ 986 Abs. 2) 61

Dritter Teil.

Anhang.

§ 12. Anwendung der Grundsätze des § 986 auf andere Ansprüche 75

Literaturverzeichnis.

Baron, Pandekten. 9. Aufl. Leipzig 1896.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

von Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des Gemeinen Rechts. Berlin 1897.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1901.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 4. Aufl. Jena 1904.

Crome, Die juristische Natur der Miete nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 der 2. Folge (37. Bd. von Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts) 1. Heft. Jena 1896.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 3. Rechte an Sachen und an Rechten. Tübingen 1905.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1: Allgemeiner Teil und Sachenrecht. 7. Aufl. Unter Mitwirkung von Biermann. Berlin 1902.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. Halle a. S. 1904.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, fortgeführt von Leonhard. Bd. 2. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1. Abteilung: Sachenrecht. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht. Bd. 2: Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht von H. O. Lehmann. 2. Aufl. Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. 6. Aufl. München 1904.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, auf der Grundlage des Werkes von Förster, bearbeitet von Eccius. Bd. 3. 7. Aufl. Berlin 1896.

Friedenthal, Einwendung und Einrede in der Zivilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1898.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1: Materielles Grundbuchrecht. Berlin 1902.

Geier, Der Begriff der Einrede nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jenaer Inaugural-Dissertation. Altenburg 1901.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1897.

Heilfron, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Abteilung: Sachenrecht, bearbeitet von Heilfron und Pick. 2. Aufl. Berlin 1903.

Hölder, über Ansprüche und Einreden. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93. Tübingen und Leipzig 1902.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. 2. Aufl. Berlin 1904.

Kober, Sachenrecht (v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze Bd. 3). 2. Aufl. München 1903.

Kohler, Vertrag und übergabe. IV. Abhandlung in „zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch". Im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 18 Heft 1. Berlin 1900.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 2. Berlin 1899.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. Bd. 2. 2. Aufl. Berlin 1903.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1903.

Maenner, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl. des „Rechts der Grundstücke". München 1906.

Meisner, Das Sachenrecht. Kommentar zum dritten Buche des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Breslau 1901.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1: Allgemeiner Teil. Bd. 2: Recht der Schuld-

verhältnisse. Bd. 3: Sachenrecht. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Bd. 4, 7 und 8. Leipzig 1902, 1903, 1904.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechtes. 2. Jahrg. Bd. 1. Berlin 1905 und 3. Jahrg. Bd. 1. Berlin 1905.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1. 4. Aufl. Berlin 1905.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 3: Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin 1906.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 u. 3. Berlin 1897 u. 1899.

Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. Berlin 1904.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1903.

Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Sonderabdruck aus der Festgabe der Juristenfakultät Halle zu Dernburgs 50 jährigem Doktorjubiläum. Halle a. S. 1900.

Suppes, Der Einredebegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seiner praktischen Bedeutung. Leipzig 1902.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. 1: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Paderborn 1902.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 8. Aufl. Unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1900.

Wittmann, Der Eigentumsanspruch. Würzburger Inaugural-Dissertation. Speier 1904.

Wolff, Das Recht zum Besitze. Sonderausgabe aus der Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50 jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des Wirklichen Geheimen Rats Dr. Richard Koch. Berlin 1903.

Abkürzungen.

BGB.	= Bürgerliches Gesetzbuch.
ZPO.	= Zivilprozeßordnung.
KO.	= Konkursordnung.
exceptio r. v. et tr.	= exceptio rei venditae et traditae.
a. a. O.	= am angeführten Orte.
a. A.	= andrer Ansicht.

Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind solche des BGB.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

§ 1.

Unsere Aufgabe.

Das Eigentum ist das Recht der unbeschränkten Herrschaft über eine Sache. Vor allem ist es das Recht, die Sache im Besitze zu haben und jeden anderen davon auszuschließen, es sei denn, daß der andere, der jeweilige Besitzer der Sache, dem Eigentümer gegenüber sei es vorübergehend sei es dauernd ein Recht hat, die Sache zu behalten und zu besitzen. Von diesen Fällen abgesehen bedeutet Vorenthaltung des Besitzes sonach Verletzung des Eigentumsrechtes. Bei Vorenthaltung des Besitzes hat der Eigentümer den Anspruch auf Herstellung des dem Inhalte seines Eigentums entsprechenden Zustandes, also auf Einräumung des Besitzes. Der Eigentümer kann, wie § 985 des BGB. sagt, von dem Besitzer die „Herausgabe der Sache" verlangen. Es ist dies die römisch-rechtliche rei vindicatio, d. h. der Anspruch des nicht besitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer. Es ist der „Eigentumsanspruch auf Herausgabe", der Eigentumsanspruch kateχochen. Er steht jedem rechtmäßigen Eigentümer zu und richtet sich gegen jeden unberechtigten Besitzer der Sache, er wirkt also dinglich, sein Ziel ist Herausgabe der vorenthaltenen Sache.

Hierbei ist hervorzuheben,[1]) daß der Eigentumsanspruch nichts gemein hat mit dem Anspruch auf Verschaffung des

[1]) Endemann, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts Bd. 2 Abt. 1 Sachenrecht 8. u. 9. Aufl., Berlin 1905, § 93 Anm. 1 S. 598.

Eigentums, wie z. B. beim Kaufe (§ 433). Dieser Anspruch wirkt nur gegen den Vertragsgegner. Mit diesem Anspruche wird die Erfüllung des obligatorischen Grundgeschäftes begehrt, gegen ihn kann der Beklagte (z. B. der Verkäufer) alle Nichtigkeitsgründe und Gegenrechte, die sich aus dem Tatbestande des Verpflichtungsverhältnisses ergeben, geltend machen. Auch der Anspruch auf „Herausgabe" der Sache gemäß §§ 812 ff., z. B. wegen Unwirksamkeit des Kaufvertrages ist kein dinglicher Herausgabeanspruch im Sinne des § 985 f., sondern nur ein auf Rückübertragung des Eigentums gerichteter obligatorischer Anspruch.

In gleicher Weise ist von dem Eigentumsanspruche streng zu unterscheiden der obligatorische „Rückgabeanspruch" aus Schuldverhältnissen, den der Eigentümer als Vermieter, Verpächter, Verleiher, Hinterleger, Verpfänder auf Grund des jeweiligen Schuldverhältnisses nach dessen Beendigung gegen seinen Kontrahenten hat.[2]) Der Eigentümer hat diesen obligatorischen Herausgabe- oder Rückgabeanspruch neben dem Eigentumsanspruch.

Wir haben es in unserer Abhandlung aber vor allem nur mit dem Eigentumsanspruche zu tun. Wie der Beklagte gegen jeden Klaganspruch Einreden geltend machen kann, so kann er auch gegen den Eigentumsanspruch Einreden vorbringen. Unter diesen Einreden sind in erster Linie die allgemeinen Einreden zu nennen, die jedem anderen Anspruch auch entgegengesetzt werden können, z. B. die Einrede der Verjährung. Ferner aber hebt das Bürgerliche Gesetzbuch im 4. Titel des 3. Abschn. des Sachenrechtes als besondere Einreden, die dem Eigentumsanspruch entgegengesetzt werden können, zwei hervor: erstens die Einrede des § 986 aus

[2]) Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903, S. 134; vgl. hierzu auch unten § 12 a. E.

einem Rechte zum Besitze, zweitens die Einrede des § 1000 aus einem Zurückbehaltungsrechte wegen Verwendungen Diese Einreden[3]) geben dem beklagten Besitzer das Mittel an die Hand, trotz des Eigentums des Klägers und des ihm hieraus zustehenden Eigentumsanspruchs (§ 985) die Verurteilung zur Herausgabe der Sache abzuwenden. Diese Einreden machen den Eigentumsanspruch auf Zeit, in gewissen Fällen des § 986 sogar für immer gegenstandslos. Das Gesetz gibt beide Einreden mit den Worten: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern . . ." Der Besitzer der Sache hat also ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Eigentümer, ein Recht, die Sache zu behalten, d. h. zu besitzen. Während jedoch im Falle des § 1000 der beklagte Besitzer durch Geltendmachung der Einrede seine Verurteilung bloß beschränken kann, da er zur Herausgabe nur gegen Befriedigung wegen der ihm gebührenden Verwendungen, die er auf die herauszugebende Sache gemacht hat, also nur zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt werden kann (§ 274), kann der Besitzer im Falle des § 986 die Abweisung der Herausgabe der Sache fordernden Eigentumsklage unbedingt herbeiführen. Beide Einreden sind also nur in ihrer Wirkung verschieden. Die Einrede aus § 1000 ist im Grunde nur eine Abart der Einrede aus § 986, denn sie stützt sich auf ein Zurückbehaltungsrecht, also wie diese auf ein Recht zum Besitze. Das Gesetz hat aber nur das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen auf die vindizierte Sache durch § 1000 besonders geregelt, während ein Zurückbehaltungsrecht aus anderen Gründen unter die allgemein gehaltenen Bestimmungen des § 986 fallen würde.

Unsere Aufgabe soll es sein, allein von den Einreden aus § 986 zu handeln, wir wenden uns daher nur diesen

---

[3]) Über den Begriff „Einrede" vgl. unten § 4.

Einreden zu und ziehen die besondere Einrede aus § 1000 nur an geeigneter Stelle in Betracht.

§ 2.

Geschichtliches.

Ein Anklang an die Bestimmung des § 986 und die daraus entspringende Einrede findet sich im römischen Rechte in dem Institute der exceptio rei venditae et traditae (Tit. Dig. de exceptione rei venditae et traditae 21, 3). Man kann behaupten, daß aus diesem Rechtsinstitute heraus sich die entsprechende Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs entwickelt hat.

Die römische exceptio rei venditae et traditae[1]) ist nur eine Form der exceptio doli generalis.[2]) Ihr Prinzip ist in dem sie freilich teils nicht erschöpfenden, teils unrichtigen Rechtsgrundsatz enthalten: Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio (sc. exceptio rei venditae et traditae). Ihre Bezeichnung ist dem Hauptanwendungsfalle der exceptio doli generalis entnommen. Sie steht aber nicht nur dem Käufer, sondern auch Erwerbern auf Grund anderer Titel zu.[3])

Die exceptio r. v. et tr. setzt voraus, daß der Kläger dem Rechte nach zwar Eigentümer und seine Vindikation also fundiert ist, daß er jedoch damit aus Gründen der aequitas nicht durchdringen kann, weil er selbst ein ihn bindendes Rechts-

---

[1]) vgl. darüber Leonhard, Inwieweit ist die exc. r. v. et tr. ein für das heutige gemeine Recht lebensfähiges Institut? Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 183 ff.

[2]) Kuhlenbeck, Von den Pand. zum BGB., Berlin 1899, 2. Teil S. 559.

[3]) Dernburg, Pand. 7. Aufl., Berlin 1902, Bd. 1 § 216 Anm. 2 S. 500.

geschäft mit dem Beklagten abgeschlossen hat.[4]) Die exceptio r. v. et tr. fand einmal im alten zivilen Rechte Anwendung in den Fällen, wo eine res mancipii, zu deren Veräußerung das formelle Rechtsgeschäft der mancipatio oder der in iure cessio nötig war, ohne diese Form durch bloße Übergabe veräußert worden war. In diesen Fällen schützte sie den Erwerber, der volles sogen. quiritisches Eigentum damit noch nicht erlangt hatte, sondern bloß sogen. bonitarisches, vor der vindicatio des Veräußerers, der Eigentümer ex iure Quiritium geblieben, dessen Eigentum aber nur ein formelles, ein nudum ius war. Ferner fand die exceptio r. v. et. tr. Anwendung in den Fällen, wo eine Verpflichtung des Eigentümers ihren Grund darin hatte, daß dieser selbst die Sache zu Eigentum übergeben hatte unter Umständen, die zwar den Übergang des Eigentums ausschlossen, nicht aber seine Verpflichtung zur abgegebenen Erklärung zu stehen.[5]) So z. B. a) wenn der Kläger zu einer Zeit, wo er noch nicht Eigentümer war, die Sache verkauft und übergeben, später aber das Eigentum erworben hatte; ferner b) wenn der Kläger den beerbt hatte, der die Sache, trotzdem er sie nicht im Eigentume hatte, verkauft und übergeben hatte; c) wenn der Kläger die Sache unter einer Suspensivbedingung verkauft und übergeben hatte und die Bedingung noch schwebte; d) wenn der Kläger als Pfandgläubiger oder als Mandatar eines anderen unwissend seine eigene Sache verkauft und übergeben hatte; e) wenn der Käufer nicht durch formelle Tradition, aber mit Willen des Verkäufers in den Besitz der Kaufsache gekommen war.[6])

---

[4]) Vangerow, Lehrbuch der Pand. 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1876, Bd. 1 § 334 Ziff. 3 S. 660.

[5]) Windscheid-Kipp, Lehrb. des Pandektenrechts 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900, Bd. 1 § 197 S. 892.

[6]) Baron, Pand. 9. Aufl., Leipzig 1896, § 153 S. 282; Dernburg a. a. O. § 216 S. 500 ff.

In diesen Fällen geht die exceptio r. v. et tr. aktiv und passiv auf die Sondernachfolger über. Irrtümlich wird behauptet, die exceptio r. v. et tr. sei ursprünglich nur das Schutzmittel gewesen, womit sich der sogen. bonitarische Eigentümer gegen die an sich begründete Vindikation des dominus ex iure Quiritium geschützt habe, und erst später sei sie auch auf die letztgenannten Fälle angewendet worden.[7])

Abgesehen von den Fällen der exceptio r. v. et tr. gewährt das römische Recht dem Beklagten eine Einrede gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Grund eines ihm zustehenden Rechts nur in den Fällen, wo dieses Recht ein dingliches ist.[8]) Die prozessuale Vorschrift des Justinian (Nov. 18 cap. 10), wonach der Besitzer, wenn er das Eigentum des Klägers bestritten und diesen dadurch zum Beweise genötigt hat, sich auf ein vom Kläger hergeleitetes dingliches Recht nur nach vorgängiger Herausgabe des Besitzes an den Kläger soll berufen dürfen, ist schon dem gemeinen Rechte unbekannt.[9])

Auf Grund eines obligatorischen Rechts gesteht das römische Recht dem Besitzer eine Einrede gegenüber der Eigentumsklage nicht zu. Doch erkennt das schon das gemeine Recht nicht mehr an und gestattet insbesondere dem Mieter und Pächter, dem auf Grund seines Eigentums vindizierenden Vermieter oder Verpächter gegenüber sich auf das ihnen vertragsmäßig zustehende Recht zu berufen. Es werden damit bei dinglicher Klage Einwendungen aus obligatorischen Verpflichtungen des Klägers gestattet.

Für die Fälle der römischen exceptio r. v. et tr. ist im heutigen Rechte kein Raum mehr. Denn dem jetzigen

---

[7]) Bangerow a. a. O. § 334 Ziff. 3 S. 662.

[8]) vgl. v. Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. und des gemeinen Rechts, Berlin 1897, Bem. zu § 986 S. 197.

[9]) Windscheid-Kipp a. a. O. § 197 Anm. 1 S. 891 f.

Rechte ist ein Zwiespalt wie der zwischen zivilem und prätorischem Rechte unbekannt. Auch ist die exceptio r. v. et tr. wegen der Wirkungen, die das BGB. an den gutgläubigen derivativen Besitzerwerb knüpft (§§ 932 ff.), und wegen der Bestimmung des § 185 bedeutungslos geworden.[10]) In allen diesen Fällen ist heute[11]) Eigentum anzunehmen; die Vindikation ist daher ausgeschlossen, es bedarf keiner Einrede. Nur in gewissen Fällen ist die exceptio r. v. et tr. bei beweglichen Sachen auch heute noch möglich, z. B. wenn der Käufer ohne nachfolgende Übereignung in den Besitz der Sache gekommen ist, oder wenn die unter aufschiebender Bedingung verkaufte Fahrnis dem Käufer zum Besitz übergeben ist. Dagegen ist sie bei Immobilien auch heute immer noch von praktischer Bedeutung, besonders in dem Falle, wo der Käufer eines Grundstückes, das ihm vom Veräußerer auf Grund des gerichtlich oder notariell beurkundeten Kaufvertrags (§ 313) nur übergeben, aber nicht aufgelassen worden ist, von dem noch im Grundbuch eingetragenen Veräußerer auf Herausgabe des Grundstückes belangt wird (heute sogen.

---

[10]) vgl. Mot. zu dem Entw. eines BGB. f. d. Deutsche Reich, Amtl. Ausg., Berlin und Leipzig 1885, Bd. 3 Sachenrecht S. 721 f.; Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts, Tübingen 1905, Bd. 3, Rechte an Sachen und Rechten § 418 Anm. 3 S. 415; Neumann, Handausgabe des BGB. 4. Aufl., Berlin 1905, Bd. 1 zu § 986, 2 S. 683; Kober, Sachenrecht 2. Aufl., München 1903, zu § 986, 1 b S. 248; Endemann a. a. O. § 93 Anm. 2 S. 598; Kuhlenbeck, Das BGB. f. d. Deutsche Reich nebst d. EG. 2. Aufl., Berlin 1903, zu § 986 Anm. 1 S. 128.

[11]) Schon im gemeinen Rechte war in diesen Fällen Eigentum anzunehmen. Mit Recht bemerkt deshalb Dernburg a. a. O. § 216 S. 502: „Es war daher nicht allzu gewagt, im gemeinen Rechte da Eigentum anzunehmen, wo die Römer eine exceptio r. v. et tr. eingreifen ließen. Hierin lag nur eine vollständige Durchführung dessen, was das prätorische Recht der Römer angebahnt hat."

exceptio rei venditae et traditae).[12]) Der Käufer kann sich also dem noch eingetragenen Eigentümer gegenüber darauf berufen, daß dieser ihm das Grundstück verkauft und übergeben habe. Die bloße Besitzübertragung an einem Grundstücke zum Zwecke der Eigentumsübertragung ohne Auflassung und Eintragung bleibt sonach rechtlich nicht ohne Einfluß. Diese heute sogen. exceptio r. v. et tr. ist aber nicht mit dem ebenso benannten Rechtsmittel des römischen Rechts identisch, denn sie geht nicht gegen Dritte.[13])

Im übrigen findet sich die exceptio r. v. et tr. heute nur noch in der Art des § 986, nämlich als Einrede aus dem Rechte zum Besitze. Der die Einrede Gebrauchende stützt sich nicht auf das den Kläger bindende obligatorische Rechtsgeschäft, z. B. Kauf, Miete usw., sondern ganz allgemein auf sein Recht zum Besitze. Die römisch- und gemeinrechtliche exceptio r. v. et tr. ist damit heute in dem weiterreichenden Prinzipe des § 986 aufgegangen.[14])

Die Beantwortung[15]) der Frage, ob der Beklagte der Vindikation gegenüber eine den Kläger hinsichtlich der herauszugebenden Sache bindende obligatorische Verpflichtung geltend machen kann, ist in der Theorie nicht unbestritten. Man hat dagegen geltend gemacht, eine obligatorische Beschränkung eines dinglich Berechtigten, die als Einrede geltend gemacht werden könne, stehe mit dem Wesen des dinglichen und obligatorischen Rechts im Widerspruche. Der bloß obligatorisch Berechtigte habe nicht wie der dinglich Berechtigte ein Recht auf Naturalerfüllung, er müsse dem Verpflichteten freilassen, statt Erfüllung in Natur Schadensersatz zu leisten. Eine

[12]) vgl. Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens 3. Aufl., Halle a. S. 1904, § 92 S. 283 f.

[13]) Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. 1. und 2. Aufl., Berlin 1904, Bd. 2 S. 168 Anm. 1.

[14]) vgl. Crome a. a. O. § 418 Anm. 3 S. 415.

[15]) vgl. zum folgenden Mot. Bd. 3 S. 421 f.

solche Beschränkung des obligatorischen Zwanges ist jedoch weder von der in der Doktrin herrschenden Meinung noch vom geltenden Rechte anerkannt worden.

In den modernen Gesetzgebungen findet sich mehrfach die Zulässigkeit obligatorischer Einreden gegenüber den Ansprüchen aus dinglichen Rechten ausdrücklich ausgesprochen.[16]) Eine Einschränkung der Zulässigkeit obligatorischer Einreden bei Immobilien bringt nur das preuß. Gesetz über den Eigentumserwerb vom 5. 5. 1872, das durch die Bestimmung des § 7 die exceptio r. v. et tr. für Grundstücke ausschließt. Dieser § 7 bestimmt nämlich: „Hat der Beklagte von dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigentumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäfts den Besitz des Grundstücks erhalten, so sind die aus dem Rechtsgeschäfte herzuleitenden Rechte nicht als Einrede, sondern nur durch Klage oder Widerklage geltend zu machen." Man hat dadurch verhindern wollen, daß sich das durch eine obligatorische Einrede gesicherte Recht zum Behalten der Sache zu einer Art von Eigentum entwickele.[17]) Ein solches Bedenken ist jedoch unbegründet. Eine Vorschrift wie die des preuß. Gesetzes würde das obligatorische Recht des Beklagten nur willkürlich beschränken.

Aus diesen Erwägungen heraus hat das BGB. eine ähnliche Vorschrift nicht aufgenommen, und es hat daran recht getan. Das BGB. ist dabei dem Grundsatze gefolgt: Wer ein Klagerecht hat, hat auch eine Einrede. Es hat im § 986 neben der Einrede aus dinglichem Besitzrechte die exceptio r. v. et tr., d. h. die Einrede aus einem obligatorischen Besitzrechte, ganz allgemein, also für Fahrnis und Liegenschaften, gegenüber der Eigentumsklage zugelassen.

---

[16]) vgl. hierzu die von den Mot. a. a. O. angeführten Stellen.

[17]) vgl. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht 2. Aufl., Paderborn 1902, Bd. 1; Das Sachenrecht des BGB. S. 409 Bem. III, 1.

Erster Teil.

Allgemeines über die Einreden.

§ 3.

§ 986, seine Idee und seine Begriffe.

Es würde ungerecht sein, wenn der Besitzer die Sache, zu deren Besitz er dem Eigentümer gegenüber berechtigt ist, diesem herausgeben müßte, weil er als Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe verlangen könnte. Steht daher der allgemeinen Verpflichtung des Besitzers, die Sache an den Eigentümer herauszugeben, ein Recht des Besitzers, die Sache zu behalten, gegenüber, so ist sein Recht das stärkere. Von diesem Grundsatz ausgehend will § 986 die Fälle normieren, in denen sich der beklagte Sachbesitzer gegenüber dem Eigentumsanspruch auf ein Recht zum Besitze berufen kann. Ein solches Recht zum Besitze, das immer einem besonderen zwischen Eigentümer und Besitzer bestehenden Rechtsverhältnis entspringt, gibt dem Sachbesitzer die Befugnis, die Herausgabe der Sache, die er dem Eigentümer nach § 985 schuldet, zu verweigern. Das Gesetz gibt ihm damit eine Einrede gegen die Vindikation, die zu deren Abweisung führt. Der Eigentümer muß dem Besitzer also, falls dieser ein Recht zum Besitze nachweist, den Besitz belassen. Der § 986 bedeutet sonach vor allem Schutz des Besitzers gegenüber dem Eigentümer.

Das Recht zum Besitz, auf das sich der beklagte Besitzer zur Abweisung des Eigentumsanspruchs berufen kann, kann sowohl einem dinglichen als auch einem persönlichen Rechtsverhältnis entspringen. Dernburg[1]) hebt hervor, man habe wohl erkannt, daß damit der „geplanten Selbständigkeit des dinglichen Rechts gegenüber bloß obligatorischen Beziehungen" großer Abbruch getan würde, und nur mit Rücksicht auf die Entwicklung des modernen Rechts habe man darüber hinweggesehen. Dernburg geht damit aber entschieden zu weit.[2]) Denn schon nach dem bisherigen Rechte haben sich aus der Zulassung der obligatorischen Einreden keine wesentlichen Nachteile ergeben. Das BGB. folgt mit der Zulassung der Einreden aus obligatorischem Rechte nur der Ansicht, daß das Eigentumsrecht aufhört, absolut zu wirken, wenn der Eigentümer den Besitz der Sache aufgibt. Der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Sache hängt dann von Rechten des Besitzers zum Besitz ab.

Es ist mit Unrecht behauptet worden, § 986 verstehe sich im Hinblick auf § 903 von selbst und wäre besser weggeblieben.[3]) § 903 bestimmt den Inhalt des Eigentums in allgemeiner Weise dahin: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen." § 903 sagt also, daß das Eigentum durch Rechte Dritter beschränkt werden könne. Das Eigentum reicht nur so weit, als nicht Rechte Dritter, ding-

---

[1]) vgl. Dernburg, Sachenrecht a. a. O. § 119 Anm. 23 S. 372.

[2]) vgl. Eck-Leonhard a. a. O. S. 167.

[3]) Geier, Der Begriff der Einrede nach dem BGB.; Jenaer Inauguraldissertation, Altenburg 1901, S. 24. Auch Hölder, über Ansprüche und Einreden, im Arch. f. d. zivil. Prax., Tübingen und Leipzig 1902, Bd. 93 S. 77 f. hält die Bestimmung des § 986 für unnötig. M. E. setzt Hölder damit zuviel voraus.

licher oder persönlicher Art, ihm entgegenstehen. Liegt darin nicht schon ausgedrückt, daß der Eigentümer die Herausgabe der Sache nicht fordern darf, wenn das Recht eines Dritten auf Behalten der Sache besteht? M. E. Nein. Das Recht des Dritten schließt den Eigentumsanspruch nicht aus, sondern verhindert nur sein Wirksamwerden. Mit Recht führt daher auch Wolff[4]) gegen Siber[5]) aus: „Allein daraus, daß der Eigentümer Einwirkungen anderer ausschließen darf, soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen, folgt nicht, daß er Einwirkungen anderer nicht ausschließen könne, sofern Rechte Dritter entgegenstehen". Der Eigentümer kann trotz § 903 gemäß § 985 gegen den Besitzer der Sache auf Herausgabe d. h. auf Überlassung des Besitzes der Sache klagen, auch wenn der beklagte Besitzer ihm gegenüber ein Recht zum Besitze der Sache haben sollte. Macht der Vindikationsbeklagte sein Recht zum Besitze nicht geltend, so wird er zur Herausgabe der Sache verurteilt.

§ 903 bestimmt nur den Inhalt und Umfang des Eigentums, er zieht die Grenzen, innerhalb welcher der Eigentümer mit der Sache alles soll tun dürfen, was ihm beliebt, und jeder Einwirkung anderer soll ausschließen dürfen. Ein Schutz für den auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes zum Besitze Berechtigten ist damit nicht gegeben. § 903 ist also lediglich eine Bestimmung zugunsten des Eigentümers. Anderen als den darin allgemein bezeichneten Beschränkungen soll der Eigentümer nicht unterworfen sein. Ein Verteidigungsmittel für Rechte Dritter soll aus ihm nicht hergeleitet werden können. Auf die Rechte Dritter, die das Eigentum in bestimmter Beziehung beschränken können, wird nur hingewiesen.

---

[4]) Wolff, Das Recht zum Besitze, Berlin 1903, S. 5 Anm. 1.

[5]) vgl. Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903, S. 134.

Ihr Umfang und ihre Art aber wird an besonderer Stelle festgesetzt werden.

Darum bestimmt § 986, um die Besitzer, soweit sie dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt sind, zu schützen: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist." Einerseits soll der Eigentumsanspruch durch das Recht zum Besitze nicht ausgeschlossen sein, andrerseits soll der Besitzer den ihm gebührenden Besitz behalten dürfen. Das Gesetz gibt dem Besitzer daher die Einreden aus § 986, vermöge deren er den Besitz der Sache weiter behalten kann. Es schützt damit nicht bloß den Sachbesitzer vor dem Wortbruche des Eigentümers, der sich verpflichtet hat, ihm den Besitz zu lassen, später aber treuloserweise auf Grund seines Eigentumsrechts Herausgabe d. h. Überlassung der Sache verlangt, sondern es erledigt damit auch in einfacher Weise zwei Rechtsfragen in einem Prozesse.[6]) Will sich daher der Eigentümer auf sein im allgemeinen nach § 903 und im besonderen nach § 985 gegebenes Recht auf Herausgabe der Sache berufen, so kann ihm der Sachbesitzer dagegen gemäß § 986 sein Recht zum Besitz entgegenhalten. Es stehen sich dann zwei Rechte auf den Besitz der Sache gegenüber. Davon ist das Recht des Besitzers, wenn es dem Eigentümer gegenüber besteht, immer das bessere. Es geht dem Rechte des Eigentümers vor.[7]) Das bessere Recht gibt dem beklagten Besitzer die Einrede gegen die rei vindicatio. Der Ausdruck „Einrede des besseren Rechts zum Besitze", der sich bei Gierke und Cosack[8]) findet, ist darum durchaus treffend.

[6]) Eck-Leonhard a. a. O. S. 167 Anm. 3.

[7]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 421.

[8]) vgl. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. für das Deutsche Reich, Jena 1897, S. 56 ff.;

Der Besitzberechtigte kann natürlich, solange er noch nicht im Besitze ist, von der Einrede aus § 986 keinen Gebrauch machen, sondern muß sein Recht zum Besitz selbständig als Anspruch geltend machen, so z. B. muß er auf Grund seines Nießbrauchs (§§ 1036, 1065) oder aus dem Mietvertrage (§ 535) gegen den Eigentümer auf Besitzüberlassung klagen.

Die Einrede des besseren Rechts zum Besitze hat der Sachbesitzer als Passivlegitimierter gegenüber der Eigentumsklage. Er kann nicht nur ein Besitzrecht geltend machen, das er selbst dem Eigentümer gegenüber hat, sondern auch ein solches, das der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, gegen den Eigentümer hat. Für die Einrede genügt es jedoch nicht, wenn der Vindikationsbeklagte sich nur darauf berufen kann, daß, wenn auch nicht er selbst oder sein mittelbarer Besitzer, so doch ein Dritter dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, oder daß der Kläger jedenfalls kein Recht zum Besitze der Sache hat.[9]) Erforderlich ist, daß das Recht zum Besitz, auf das sich der Sachbesitzer beruft, dem Eigentümer d. h. dem klagenden Eigentümer gegenüber besteht. Hiervon weicht nur der im Abs. 2 des § 986 geregelte Fall ab, für den die Einrede auch dann zugelassen ist, wenn das Recht zum Besitze nur den Vorgängern des klagenden Eigentümers gegenüber besteht.

Der Besitzer hat die Einreden aus § 986 auf Grund seines Rechtes zum Besitz und nicht allein auf Grund der bloßen Rechtsstellung eines Besitzers der Sache.[10]) Jedoch ist

---

Cosack, Lehrb. d. deutschen bürgerl. R. auf der Grundlage des BGB. 4. Aufl., Jena 1904, Bd. 2 S. 164; vgl. auch Wittmann, Der Eigentumsanspruch, Inaug.-Diss. Speier 1904 S. 32 ff. (§ 2).

[9]) vgl. Gierke a. a. O. S. 58; vgl. hierzu auch Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, Berlin 1904, S. 212 bis 216; vgl. aber unten § 12.

[10]) Fischer-Henle, BGB. Handausgabe 6. Aufl., München 1904, Anm. 5 zu § 986 S. 520.

erforderlich, daß der die Einrede Gebrauchende Besitzer der vindizierten Sache ist. Die Einrede ist somit an den Besitz der vindizierten Sache geknüpft. Das ergibt sich auch schon daraus, daß als Beklagter aus § 985 nur der Besitzer in Frage kommt. Besitzer im Sinne von § 986 ist daher nicht der Besitzdiener, auch unselbständiger Inhaber genannt (§ 855).[11]) Unter Besitzer im Sinne des § 986 ist aber sowohl der unmittelbare als der mittelbare zu verstehen, denn gegen beide ist in gleicher Weise die rei vindicatio zulässig. Diese Ansicht war zwar bisher bestritten, wird heute aber in der Hauptsache anerkannt; a. A. ist besonders Wendt.[12]) Der Eigentumsanspruch gegen den mittelbaren Besitzer kann nur auf Herausgabe dessen gehen, was dieser als solcher hat, d. h. auf Übertragung des mittelbaren Besitzes (vgl. § 870). Dieser Anspruch auf Übertragung des mittelbaren Besitzes ist in dem Anspruch auf „Herausgabe" schon mitenthalten.[13]) Hat der beklagte mittelbare Besitzer ein Besitzrecht gegenüber dem Eigentümer, so kann er die Übertragung des mittelbaren Besitzes an diesen verweigern. Der mittelbare Besitzer der Sache steht also hinsichtlich der Einreden aus § 986 dem unmittelbaren gleich.

Den Beweis für sein Recht zum Besitze bezw. für das Besitzrecht des mittelbaren Besitzers, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, hat der beklagte Besitzer zu erbringen. Zur Begründung der rei vindicatio genügt der Nachweis der Besitzerrechtsstellung des Beklagten. Gelingt es dem Beklagten, das Recht zum Besitze nachzuweisen, so hat die Abweisung des Eigentumsanspruchs zu erfolgen.

---

[11]) vgl. Biermann, Das Sachenrecht des BGB., Berlin 1903, 2. Aufl. zu § 985, 2. S. 189; a. A. Isay, Geschäftsführung S. 296.

[12]) vgl. Biermann a. a. O. zu § 985, 3 S. 189 und die von ihm Genannten.

[13]) vgl. Siber a. a. O. S. 122; Gierke a. a. O. S. 53 f.

Die Bestimmungen des § 986 gelten in gleicher Weise für das Fahrnisrecht wie für das Liegenschaftsrecht. Nur Abs. 2 macht hiervon eine Ausnahme, er ist ausschließlich auf bewegliche Sachen anwendbar. Das ergibt sich notwendig aus dem im Abs. 2 angeführten § 931.

§ 4.

Das Wesen der Einreden aus § 986.

Der Begriff der Einrede selbst nach dem BGB. ist ein viel umstrittener. Es ist daher nicht zu verwundern, daß auch über das Wesen der Einreden aus § 986 keine Einigkeit herrscht. Jedoch steht heute die herrschende Meinung auf dem Standpunkte, daß man in der Bestimmung des § 986 die Gewährung einer Einrede zu erblicken hat. Man wird damit ohne Zweifel der Absicht des Gesetzes gerecht, dem Besitzer aus einem Rechte zum Besitz eine Einrede gegen den Eigentumsanspruch zu geben. Die Gründe, auf die sich die herrschende Meinung hierbei stützt, sollen im folgenden näher geprüft werden. In der Hauptsache sind es zwei, der Wortlaut des Gesetzes und die die Einrede kennzeichnenden Merkmale, die sich im Gesetze sonst bei allen den Fällen, wo eine Einrede gewährt ist, wiederfinden.

Zunächst ist aber zu erörtern, was man überhaupt unter Einrede zu verstehen hat, und wann man von Einrede sprechen kann. Vorauszuschicken ist noch, daß es sich bei der Bestimmung des § 986 nur um Einreden im Sinne des materiellen Rechts handeln kann. Die Einrede im prozessualen Sinne kann deshalb ganz außer Betracht bleiben.[1])

---

[1]) vgl. zum folgenden: Friedenthal, Einwendung und Einrede i. d. ZPO. und d. BGB. für das Deutsche Reich, Jena 1898, S. 37—45; Suppes, der Einredebegriff des BGB. in seiner praktischen Bedeutung,

Im Gesetze selbst findet sich eine Begriffsbestimmung der Einrede nicht. Nur Motive und Denkschrift bemühen sich, den Begriff klarzustellen. Friedenthal meint, man müsse, da eine Begriffsbestimmung der Einrede im Gesetze fehle, das als Charakteristikum der Einrede betrachten, was alle im Gesetze als solche bezeichneten Einreden miteinander gemeinsam haben. Als einziger allen Einreden gemeinsamer Inhalt lasse sich nun lediglich das Leistungsverweigerungsrecht feststellen. Auch Suppes kommt zu dem Ergebnisse, das Gesetz definiere die Einrede wenigstens indirekt dahin, daß ein Anspruchsverpflichteter eine Leistung verweigern könne, sofern man eine derartig nichtssagende Erklärung als Definition bezeichnen wolle.

Einreden im Sinne des BGB. sind also Gegenrechte, vermöge deren eine Leistung verweigert, der die Leistung fordernde Anspruch also abgewiesen werden kann. Hat jemand das Recht, eine ihm an sich obliegende Leistung aus irgend welchen Rechtsgründen zu verweigern, so hat er damit eine Einrede gegen den die Leistung fordernden Anspruch.

Auch in § 986 wird dem Besitzer das Recht gegeben, die Leistung, d. i. die Herausgabe der Sache zu verweigern. Das Gesetz spricht nicht davon, daß der Eigentumsanspruch ausgeschlossen ist, sondern nur, daß der Besitzer die Herausgabe verweigern könne. Man hat es daher hier mit einem Einrederechte bezw. einer Einrede gegen den Eigentumsanspruch zu tun, nicht aber mit einer anspruchsausschließenden Tatsache.[2])

Daß das Gesetz in § 986 dem Besitzer nicht ausdrücklich das „Recht", die Leistung zu verweigern, gibt, sondern nur

---

Leipzig 1902, S. 3—9; vgl. auch bei Suppes a. a. O. S. 3 Anm. 1 die zusammengestellte zahlreiche Literatur zur Einrede im BGB.

[2]) vgl. Wolff a. a. O. S. 5 Anm. 1 gegen Siber a. a. O. S. 133—136.

davon spricht, der Besitzer „könne" die Herausgabe verweigern, erklärt sich aus der Sprechweise des Gesetzes. Der Ausdruck „kann" im Sinne des Leistungsverweigerungsrechts findet sich im Gesetze noch an vielen anderen Stellen, wo Einreden gegeben sind (vgl. §§ 258, 273, 320, 321, 478, 490 Abs. 3, 770, 771, 811 Abs. 2, 821, 853, 1000, 1100, 1166, 1973, 1990, 2059, 2083, 2145, 2187, 2318, 2319, 2328 BGB.).[3])

Das Leistungsverweigerungsrecht ist das Recht, eine rechtsgültig geschuldete Leistung zu verweigern. Hierauf stützen sich die Vertreter der Ansicht, daß das Recht zum Besitze dem Besitzer nicht eine Einrede gebe, sondern den Eigentumsanspruch ausschließe. Sie behaupten, die Herausgabe der Sache werde vom Besitzer, wenn dieser ein Recht zum Besitze habe, gar nicht geschuldet. Der Vindikationsanspruch sei einem Besitzberechtigten gegenüber vielmehr ausgeschlossen.

So geht Friedenthal[4]) davon aus, man dürfe bei Feststellung der Fälle, die man als Einreden anzusehen habe, nicht lediglich den Wortlaut als maßgebend erachten, sondern müsse prüfen, ob im einzelnen Falle wirklich ein besonderes Recht, eine Leistung zu verweigern, bestehe, oder ob ein solches nicht vielmehr um deswillen nicht angenommen werden könne, weil die betreffende Leistung gar nicht rechtsgültig geschuldet werde; denn dann habe es natürlich keinen Sinn, dem anderen Teile ein Recht zu ihrer Verweigerung beizulegen. Er kommt sonach zu dem Schluß, in § 986 liege eine Einrede nicht vor, weil der Eigentümer gegenüber einem Besitzrechte des Besitzers ein Recht auf Herausgabe d. h. ebenfalls auf den Besitz der Sache nicht haben könne, weil

---

[3]) vgl. hierzu auch Windscheid-Kipp a. a. O. S. 181.

[4]) Friedenthal a. a. O. S. 41 f.

also der Besitzer dem Eigentümer die Herausgabe der Sache gar nicht schulde, von einem Rechte zur Herausgabeverweigerung bei ihm demnach auch nicht gesprochen werden könne. Friedenthal beruft sich hierbei auf den Entwurf erster Lesung, dessen § 942 nach seiner Ansicht „korrekter" lautet: „Der Anspruch auf Herausgabe der Sache ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer . . . berechtigt ist, die Sache zu behalten." M. E. ist es jedoch wohl denkbar,[5]) daß der Eigentümer ein Recht auf Herausgabe auf Grund seines Eigentumsrechts hat, der Sachbesitzer dagegen auf Grund seines Rechts zum Besitz ein Sonderrecht auf den Besitz hat, das ihn vor Preisgabe der Sache an den vindizierenden Eigentümer bewahrt. Solange dieses Besitzrecht des Besitzers besteht, hat der Besitzer die Möglichkeit, die Sache zu behalten.

Ebenso wie Friedenthal verneint Geier[6]) kurzerhand die Frage, ob im § 986 eine Einrede vorliegt. Nach seiner Ansicht entsteht aus dinglichem Rechte ein Anspruch dann, wenn ein Zustand eintritt, der dem betreffenden dinglichen Rechte nicht entspricht. Da hiernach ein Eigentumsanspruch beim Vorliegen eines Rechtes zum Besitz auf seiten des Besitzers nicht bestehen würde, wäre für eine Einrede kein Raum.

Den gleichen Standpunkt wie Friedenthal vertritt ferner noch Siber.[7]) Nach seiner Ansicht hat die zweite Kommission

---

[5]) Ebenso auch Suppes a. a. O. S. 51 Anm. 2; Wittmann a. a. O. S. 34.

[6]) vgl. Geier a. a. O. S. 17 f.

[7]) vgl. zum folgenden: Siber a. a. O. S. 133—135; auch Crome a. a. O. § 418 Anm. 1 S. 414 spricht bei § 986 nicht von Einrede, sondern von Einwendung; Rappaport a. a. O. S. 202 nennt die Einrede aus § 986 „rechtsverteidigend", d. h. sie ist wohl anspruchsverneinend, enthält aber Rechtsübung durch Rechtsverteidigung. Nach Rappaport findet den richtigen Ausdruck nicht § 986, sondern § 1004: „Der Anspruch ist ausgeschlossen."

abweichend vom ersten Entwurfe mit der Fassung des § 986 ein Einrederecht in das Gesetz „hineingeheimnissen" wollen, ohne daß es ihr indessen gelungen wäre. Siber geht davon aus, daß der Besitzer des § 986 Nichtschuldner ist. Er übersieht dabei, daß § 985 für den Besitzer die Verpflichtung zur Herausgabe bestimmt (vgl. hierzu auch §§ 556, 581, 604, 1055).[8]) Der Besitzer ist wohl Verpflichteter gegenüber dem Eigentümer, aber er kann diese Verpflichtung abwenden, wenn er seinerseits ein Recht zum Besitze hat. Der Vindikationsanspruch wird damit entkräftet. Der Besitzer kann die Herausgabe verweigern. In diesem „Können" liegt das „Recht" zur Herausgabeverweigerung und somit die Einrede gegen den Vindikationsanspruch. Siber meint schließlich, aus dem Wortlaut des § 986 allein könne die Frage, ob darin eine Einrede gegeben sei, nicht beantwortet werden, sondern nur aus allgemeinen Gesichtspunkten. Er bedient sich zu seiner Beweisführung des § 903[9]) und gelangt schließlich zur Verneinung des Vindikationsanspruchs, wenn diesem dingliche Besitzrechte gegenüberstehen. Hinsichtlich obligatorischer Besitzrechte kommt Siber auf die von ihm (a. a. O. S. 130) verteidigte Ansicht zurück, daß der Vindikationsanspruch durch den besonderen obligatorischen Rückgabeanspruch, z. B. des Vermieters usw., ausgeschlossen sei, wenn beide demselben Berechtigten[10]) zustehen würden. Siber (a. a. O. S. 133) betont zwar selbst, daß es mit dieser Theorie nicht gerade unvereinbar wäre, die Geltendmachung eines Rechts zum Besitze gegenüber der Vindikation mit der herrschenden Meinung als Einrede anzusehen, man hätte dann anzunehmen, daß während

---

[8]) vgl. Suppes a. a. O. S. 4 f. Anm. 2; dagegen Siber a. a. O. S. 133 Anm. 3.

[9]) Dagegen wendet sich mit Recht Wolff; vgl. oben § 3 Anm. 4 und 5.

[10]) Es ist z. B. der Vermieter Eigentümer der vermieteten Sache.

der Dauer des Besitzrechts nur ein durch aufschiebende Einrede entkräfteter Vindikationsanspruch bestände, von da ab nur ein mit keiner Einrede behafteter besonderer Rückgabeanspruch, durch den der Vindikationsanspruch abgelöst wäre. Wollte man aber unbedingt jener Siberschen Ansicht folgen, dann würde hinsichtlich obligatorischer Besitzrechte die Streitfrage, ob in § 986 eine Einrede zu suchen ist, allerdings wesentlich vereinfacht. Es würde dann ein Vindikationsanspruch gegen den Besitzberechtigten überhaupt nicht, auch nicht als ein durch Einrede entkräfteter bestehen, sondern nur ein obligatorischer Rückgabeanspruch.

Eine Ausnahme hiervon macht aber Siber selbst (a. a. O. S. 134 f.) hinsichtlich der Zurückbehaltungsrechte. Insoweit[11]) weicht Siber von seiner Theorie ab und läßt die Einreden aus § 986 gelten. Diesen Rechten gegenüber soll, weil sie „bloße Einrederechte" sind, der Eigentumsanspruch nicht ausgeschlossen sein. Wem sie zustehen, der ist als „rechtmäßiger" Besitzer nicht zu betrachten. Den gleichen Unterschied zwischen Zurückbehaltungsrechten und anderen Besitzrechten macht in dieser Weise auch Friedenthal (a. a. O. S. 42). Als Grund führt er an, daß das Zurückbehaltungsrecht eines „selbständigen Inhalts" entbehre. Warum aber sollte der „rechtmäßige" Besitzer oder der, dessen Besitzrecht „selbständig" ist, nicht ebenso gegenüber dem Eigentumsanspruche nur ein Einrederecht oder eine Einrede haben? Den Vindikationsanspruch solchen Besitzern gegenüber auszuschließen, liegt kein triftiger Grund vor.[12]) Die Theorie, daß gegenüber einem Rechte zum Besitze das Recht des Eigentümers auf Herausgabe nicht bestehen könne, erscheint gesucht.

---

[11]) vgl. weiter abweichend Siber im Jahrbuche des deutschen Rechtes von Neumann 2. Jahrg., Berlin 1903, Bd. 1 zu § 986 unter 1 a S. 564.

[12]) Ebenso Wittmann a. a. O. S. 34.

Zwar hat der erste Entwurf des BGB. in § 942 gegenüber einem Besitzrechte des Besitzers den Ausschluß des Vindikationsanspruchs angenommen. Auch im Hinblick auf § 1004 Abs. 2 erscheint es befremdlich,[13]) daß das Recht zum Besitze nur eine Einrede gewährt, das Recht zu anderen „Beeinträchtigungen" des Eigentums aber den Anspruch des Eigentümers aus § 1004 ausschließt. Sich jedoch aus diesen Gründen über den Wortlaut des § 986 hinwegzusetzen, erscheint bedenklich. Die zweite Kommission hat den Text des § 942 des Entw. 1 nicht ohne Absicht geändert. Keinesfalls kann es sich nur um „sprachliche Ungenauigkeit" handeln.[14]) Der Ausdruck „kann verweigern" ist nicht zufällig gebraucht. Man hat offenbar mit der Abweichung vom ersten Entwurf eine Einrede schaffen wollen.

Wir können nach alledem wohl behaupten, daß das Gesetz im § 986 dem Besitzer Einreden gibt. Diese Annahme läßt sich nicht bloß materiell begründen, auch der Wortlaut des Gesetzes weist darauf hin. Der Eigentumsanspruch soll gegenüber einem Rechte zum Besitze nicht ausgeschlossen sein, sondern nur wirkungslos gemacht werden können. Durch das Recht zum Besitze wird der Eigentumsanspruch nicht ohne weiteres verneint; das Recht zum Besitze gibt dem Besitzer nur ein Gegenrecht. Der beklagte Besitzer wird also den Anspruch des klagenden Eigentümers nicht bestreiten, ihm aber sein Gegenrecht entgegenhalten können. Der Eigentumsanspruch besteht für ihn, d. h. abgesehen von der Geltendmachung seines Rechts zum Besitze. Verzichtet er auf die Geltendmachung seines Rechts zum Besitze, so dringt die rei vindicatio durch.

---

[13]) Suppes a. a. O. S. 51; Wolff a. a. O. S. 5 Anm. 1 nennt es sogar „krankhaft". Nach Ansicht Plancks a. a. O. zu § 1004, 5b S. 332 gewährt auch § 1004 Abs. 2 nur eine „Einrede", eine sachliche Abweichung von § 986 ist nicht bezweckt.

[14]) vgl. Friedenthal a. a. O. S. 43.

Der Eigentumsanspruch soll also einem Besitzrecht gegenüber nicht schlechthin versagen. Der Eigentümer muß aber gewärtigen, daß ihm der Beklagte sein Recht zum Besitz einredeweise entgegenhält und somit die Abweisung der Eigentumsklage bewirken kann. Ist es, um den Eigentümer vor solcher Ungewißheit zu schützen, zweckmäßiger, den Eigentumsanspruch ganz auszuschließen?[15]) Es läßt sich darüber streiten. Der Besitzer hat mit der Einrede ja das Mittel in der Hand, die Eigentumsklage zur Abweisung zu bringen oder nicht. Die Einrede bietet ihm genügenden Schutz gegen den Vindikationsanspruch. Daß sie, im Interesse des beklagten Besitzers gesprochen, in gewissen Fällen dem praktischen Bedürfnisse nicht ganz entspricht, hat andre Gründe.

Wir kommen hiermit auf die weitere,[16]) von der bisher behandelten ganz verschiedene Frage: Ist angesichts des § 986 der herrschende Einredebegriff haltbar? Nach der herrschenden Ansicht wird die Einrede nur berücksichtigt, wenn der Verpflichtete sich auf sie beruft.[17]) Wollte man dieser Ansicht folgen, so käme man hinsichtlich des § 986 zu unhaltbaren Ergebnissen. Z. B. würde ein Eigentümer, der in der Klage selbst vorträgt, dem Beklagten an der vindizierten Sache einen noch nicht beendigten Nießbrauch oder ein noch wirksames Pfandrecht bestellt zu haben, gegen den ausbleibenden Beklagten ein Versäumnisurteil auf Herausgabe erlangen. Dasselbe wäre der Fall, wenn der Eigentümer in der Klage selbst vortragen würde, dem Beklagten die Sache vor ein paar Tagen auf mehrere Monate vermietet zu haben. Dies wäre, auch wenn ähnliche Fälle[18]) zu den Seltenheiten gehören, sicherlich ein

---

[15]) vgl. hierzu Suppes a. a. O. S. 52.

[16]) vgl. zum folgenden Wolff a. a. O. S. 5 Anm. 1.

[17]) Mot. Bd. 1 S. 360; Prot. d. Kommission f. d. 2. Lesung des Entwurfs des BGB., Berlin 1897, Bd. 1 S. 233.

[18]) vgl. den Fall bei Suppes a. a. O. S. 50 f.

ungesundes Ergebnis.[19]) Es würde damit dem Wortbruche des Eigentümers Tür und Tor geöffnet sein. Das will aber doch § 986 gerade verhindern. Die Lösung ist in der Angreifbarkeit der herrschenden Einredetheorie zu finden.[20])

Kipp meint, daß man die Regel, der Beklagte müsse die Einrede anrufen, wenn sie berücksichtigt werden solle, im Gesetze dadurch hinlänglich ausgedrückt finden könne, daß die Einrede ein „Recht" des Beklagten sei, die Leistung zu verweigern. Gezwungen sei man zu dieser Annahme durch jene Fassung des Gesetzes jedoch nicht. Schon Fischer, Beitr. z. Erläuter. d. E. BGB. H. 6 S. 109, habe bestritten, daß jener Satz der Motive Gesetz werden würde. Kipp kommt dann hinsichtlich der Geltendmachung der Einrede zu dem richtigen Schlusse, daß jeder die eine oder die andere Ansicht wird verfechten und sich dabei an die Meinung halten können, die er schon nach bisherigem Rechte von der Einrede hatte. Immerhin wäre der praktische Sieg der Ansicht zu wünschen, daß auch unter der Herrschaft des BGB. es einer besonderen Berufung auf die Einrede nur dann bedürfe, wenn es nicht selbstverständlich wäre, daß jedermann von der betreffenden Einrede Gebrauch zu machen wünsche.

Wendet man diese durchaus gerechtfertigte Ansicht auf die Einreden aus § 986 an, so wird damit auch ein etwaiges ungerechtes Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Beklagten vermieden. Einer Berufung auf die Einreden aus § 986 bedarf es also nur dann, wenn es nicht selbstverständlich erscheint, daß der Vindikationsbeklagte von den Einreden Gebrauch machen will. Weiter darf man jedoch nicht gehen. Das Recht zum Besitze soll dem Besitzer nur das Recht geben,

---

[19]) Ebenso Hölder a. a. O. S. 79; Rappaport a. a. O. S. 202 a. E.

[20]) So mit Recht Wolff a. a. O. S. 5 f. Anm. 1; vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 182 ff.

die Herausgabe zu verweigern, nicht etwa ihm eine Pflicht zur Herausgabeverweigerung auferlegen. Der Eigentumsanspruch soll nicht einfach deshalb, weil der Beklagte ein Recht zum Besitze hat, ausgeschlossen sein, sondern nur dann, wenn der Beklagte diesen Ausschluß durch Geltendmachung der ihm zustehenden Einrede bewirken will bezw. vorauszusetzen ist, daß er ihn bewirken will. Der Beklagte soll auf die Geltendmachung der Einreden auch verzichten können, wenn er aus irgendwelchen Gründen von seinem Rechte zum Besitze keinen Gebrauch machen will. Die „Einrede" wird damit in jeder Weise den Worten des Gesetzes: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er . . . zum Besitze berechtigt ist" gerecht. Der „Ausschluß" des Eigentumsanspruchs würde über das dem § 986 zugrunde liegende Prinzip hinausgehen.

Auch über die weitere Frage, welcher Art die Einreden aus § 986 sind, ob sie vorübergehende (dilatorische) oder dauernde (peremtorische) Einreden sind, herrscht keine Einigkeit. Für die Beantwortung dieser Frage ist es sehr wesentlich, in welchem Sinne man die der Einrede zugrunde liegende Berechtigung, dauernder oder vorübergehender Art, auffaßt. Versteht man die dauernde Berechtigung im Sinne einer solchen, deren Wegfall ausgeschlossen ist, so ist jede Berechtigung, die möglicherweise wieder wegfällt, als vorübergehende, und demnach auch die ihr entsprechende Einrede als vorübergehende zu betrachten. Versteht man die vorübergehende Berechtigung im Sinne einer solchen, deren späterer Wegfall feststeht, so ist jede Berechtigung, die nicht notwendig, sondern nur möglicherweise später wegfällt, als dauernde anzusehen, und demzufolge hat auch die aus ihr folgende Einrede als dauernde zu gelten.[21])

---

[21]) Hölder a. a. O. S. 91.

Planck[22]) nennt die Einrede aus § 986 ganz allgemein eine aufschiebende. Das dürfte jedoch für alle Fälle der Einrede nicht zutreffen. Am richtigsten wird sein zu sagen, die Einreden aus § 986 sind nur teils dauernde, teils vorübergehende, je nachdem das Recht zum Besitz ein dauerndes oder nur vorübergehendes ist.[23]) Vorübergehend sind die Einreden, wenn auf Zeit beschränkte Rechte zum Besitze, z. B. Miete, Pacht, Leihe, Pfandrecht, in Frage kommen, wenn also der Verpflichtete von vornherein nur vorübergehend, d. h. solange das zugrunde liegende Recht dauert, zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. Dauernd sind die Einreden, soweit auf die Dauer angelegte Besitzrechte dem Eigentumsanspruch entgegentreten, z. B. Erbbaurecht und Erbpachtrecht,[24]) ferner als Einrede aus einem Rechte zum Besitz in der Funktion der sogen. exceptio rei venditae et traditae, d. h. als Einrede des Besitzers gegen den zur Eigentumsübertragung an ihn verpflichteten Eigentümer. Der Anspruch des Besitzers auf Verschaffung des Eigentums bleibt dauernd bestehen, falls nicht der Besitzer darauf verzichtet. Der Anspruch gibt dem Besitzer somit auch dauernd ein Recht zum Besitze, das ihn dauernd zur Verweigerung der Herausgabe berechtigt.

Suppes sieht in der Einrede aus § 986, die sich auf ein Erbbaurecht oder Erbpachtrecht stützt, nur eine vorübergehende Einrede, da man mit der Möglichkeit des Wegfalls immer rechnen müsse. Der Zweifel, ob in diesen beiden Fällen eine dauernde oder nur eine vorübergehende Einrede gegeben

---

[22]) Planck a. a. O. zu § 986, 1 S. 305; ebenso Kretzschmar, Das Sachenrecht des BGB., Leipzig 1906, zu § 986 S. 266.

[23]) vgl. Suppes a. a. O. S. 22 f. insbes. Anm. 2; ebenso Wolff a. a. O. S. 7 und Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB., Leipzig 1903, S. 276 f., 299.

[24]) vgl. Langheineken a. a. O. S. 276 f., 299; Hölder a. a. O. S. 92; a. A. Suppes a. a. O. S. 22 f. Anm. 2.

ist, wird sofort behoben, wenn man sich der richtigen Ansicht von Kipp[25]) anschließt, daß die dauernde Einrede keine solche sei, die überhaupt nicht beseitigt werden könne, sondern nur eine solche, deren Inhalt nicht auf die Möglichkeit der Beseitigung hinweist. Die Möglichkeit des Verzichts auf die Einrede aus § 986 (der Verzicht ergibt sich daraus, daß die Einrede ein Recht des Verpflichteten darstellt) und die Möglichkeit des Erlöschens des der Einrede zugrunde liegenden Besitzrechts erscheint dem Inhalte der Einrede gegenüber nur als „etwas Zufälliges".

Durch die vorübergehende Einrede aus § 986 wird der Eigentumsanspruch zur Zeit gehemmt, durch die dauernde aber auf immer. Bei der vorübergehenden Einrede ist von vornherein gewiß, daß ihre Zeit ablaufen wird, sie hemmt den Eigentumsanspruch also immer nur eine Zeit lang. Der Wegfall der dauernden Einrede dagegen ist immer ungewiß, er ist nur unter Umständen möglich.[26]) Der mit dauernder Einrede behaftete Eigentumsanspruch ist daher praktisch so gut wie nicht vorhanden, wenn der Besitzer von der Einrede Gebrauch macht. Er besteht zwar trotz der Einrede weiter fort, kann aber wegen der Einrede nicht zur Wirkung kommen. Die Einrede richtet sich nicht gegen das Eigentumsrecht selbst, aus dem der Anspruch entspringt, sondern nur gegen den das Eigentum geltend machenden Anspruch. Da aber die Einrede dem Anspruche dauernd entgegengesetzt werden kann, kann dieser voraussichtlich nie zur Wirkung kommen.

Ist es nun berechtigt, daß § 986, soweit in ihm vorübergehende Besitzrechte in Frage kommen, dem Besitzer nur eine vorübergehende Einrede gewährt, anstatt den Eigentumsanspruch zur Zeit auszuschließen, soweit aber dauernde Besitzrechte in

---

[25]) vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. S. 182.

[26]) vgl. Suppes a. a. O. S. 30.

Frage kommen, den Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Sache nicht ausschließt, sondern nur eine dauernde Einrede gegen ihn gibt? Das Für und das Wider hält sich die Wage. Suppes[27]) ist der Ansicht, es habe kaum praktische Bedeutung, daß anstatt der Ausschließung des Anspruchs, sei es zur Zeit sei es für immer, eine Einrede gewährt werde. Das mag zugegeben werden, soweit es die dauernden Einreden aus § 986 betrifft. Hinsichtlich der vorübergehenden Einreden ist aber wohl unter allen Umständen dem zeitweiligen Ausschlusse des Eigentumsanspruchs die Einrede gegen ihn vorzuziehen. Folgt man bezüglich der Berufung auf die Einrede der oben erwähnten Ansicht Kipps (a. a. O. S. 182), so ist aus der Zulassung der Einrede ein Nachteil für den Verpflichteten nicht zu befürchten. Aber auch hinsichtlich der dauernden Einreden kann es von Bedeutung sein, daß eine Einrede gegeben ist und nicht Ausschluß des Anspruchs vorliegt, so wenn das dem Eigentumsanspruch entgegenstehende Recht zum Besitze wegfällt, z. B. durch Verzicht.[28])

Halten wir uns daher an den Wortlaut des Gesetzes, der für uns vor allem maßgebend sein muß. Wir kommen sodann zu dem Ergebnisse, daß durch die Bestimmung des § 986 dem Besitzer Einreden gegeben sind. Nach der Absicht des Gesetzes soll eben, anders wie in § 1004 Abs. 2, der Eigentumsanspruch gegenüber einem Rechte zum Besitze des Besitzers nicht schlechthin ausgeschlossen sein, wenn es auch in wirtschaftlicher Hinsicht diesen Erfolg hat, solange die Einrede besteht. Der Besitzer allein soll es vielmehr in der Hand haben, den Eigentumsanspruch durch Geltendmachung einer Einrede, die sich auf sein Recht zum Besitze stützt, dem

---

[27]) vgl. Suppes a. a. O. S. 48 f.; derselben Ansicht ist Geier a. a. O. S. 33 hinsichtlich der peremtorischen Einreden.

[28]) vgl. hierzu Mot. Bd. 1 S. 359 f.

praktischen Erfolge nach auszuschließen oder nicht. Dies ist der Gedanke des § 986.

§ 5.

Das Recht zum Besitze.

Der Besitzer hat die Einreden aus § 986, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber ein Recht zum Besitze hat. Voraussetzung für die Einreden ist sonach immer ein Recht zum Besitze auf seiten des Besitzers. Eine Pflicht zum Besitze, wie sie z. B. der Depositar gegen den Deponenten hat, genügt nicht.

Das Recht zum Besitze kann sowohl ein dingliches als auch ein persönliches (obligatorisches) sein. Es kann ebensogut auf einem dinglichen, gegen jedermann wirkenden Rechtsverhältnisse, z. B. Nießbrauch, dinglichem Wohnungsrecht, Pfandrecht, Erbbaurecht,[1]) beruhen, wie auf einem nur von Person zu Person wirkenden Rechtsverhältnisse, auf Grund dessen der Eigentümer verpflichtet ist, dem Besitzer den Besitz zu gewähren, z. B. Kauf, Schenkung, Miete, Pacht, Leihe.[2]) Auch auf einem Zurückbehaltungsrecht kann das Recht zum Besitze beruhen (§ 273). Das Zurückbehaltungsrecht braucht nicht immer das vom Gesetz in § 1000 noch besonders geregelte wegen Verwendungen zu sein, es kann dem Besitzer auch aus anderen Gründen zustehen, z. B. wegen des nicht erfüllten Vertrags (exceptio non adimpleti contractus, vgl. §§ 320 ff.).[3]) Ferner kann sich das Recht zum Besitz auch

[1]) Ein dingliches Retentionsrecht kann durch Vertrag nicht begründet werden; vgl. Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 51 S. 86 ff.

[2]) Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 68 S. 202.

[3]) vgl. Biermann a. a. O. zu § 986, 1 a. E. S. 192 und die von ihm zitierte Entsch. d. OLG. Kiel (vgl. die Rechtspr. d. OLG. auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falk-

auf familien- und erbrechtliche Verhältnisse gründen, wie z. B. das Besitzrecht des Mannes an den zum eingebrachten Gute gehörenden Sachen der Frau (§ 1373) oder das des Testamentsvollstreckers nach § 2205.

Ein Recht zum Besitze,[4]) und zwar ein dingliches, also gegenüber jedermann wirkendes, spricht das BGB. ausdrücklich nur dem Nießbraucher (§ 1036 Abs. 1 und § 1081 Abs. 1 Satz 2) und dem Inhaber eines dinglichen Wohnungsrechts (§ 1093) zu. Ferner hat ein Recht zum Besitze zweifellos der Erbbauberechtigte (§ 1007), der Faustpfandgläubiger (§ 1205) und der Zurückbehaltungsberechtigte (§§ 273, 1000). Auf welche Weise der Besitz erlangt worden ist, ist für das Besitzrecht gleichgültig (vgl. aber § 1000 Satz 2 und § 273 Abs. 2). Das Besitzrecht besteht sonach auch zu Recht, wenn der Besitzer den Besitz der Sache auf irgendeine Weise, wider Willen des Eigentümers, ja gewaltsam von ihm erlangt hat. Die Art und Weise der Besitzerlangung spielt nur im Besitzschutzstreite (possessorium) eine gewisse Rolle; dem Eigentumsanspruche gegenüber aber bleibt für die Einrede des Rechts zum Besitze die Art und Weise der Besitzerlangung ohne jede Bedeutung. Nur im possessorium hat verbotene Eigenmacht Unterliegen zur Folge (§§ 858, 861). Wer z. B. nach Einigung und Eintragung Nießbraucher oder Erbbauberechtigter eines Grundstücks geworden ist und das Grundstück nach gewaltsamer Vertreibung des Grundstückseigentümers in Besitz nimmt, begeht damit zwar verbotene Eigenmacht und würde im Besitz-

---

mann, Leipzig 1902, Bd. 4 S. 27 f.); Fischer-Henle a. a. O. zu § 986 Anm. 5 S. 520; Meisner, Das Sachenrecht, Komm. z. 3. Buche des BGB., Breslau 1901, zu § 986, 2 S. 137; Kober, Sachenrecht a. a. O. zu § 986, 1 S. 248; a. A. Endemann a. a. O. § 93 Anm. 5 S. 598 f.

[4]) vgl. für die folgende Darstellung dieses Paragraphen Wolff a. a. O. S. 6—10.

schutzstreite sonach unterliegen, der rei vindicatio aber könnte er einredeweise sein Besitzrecht entgegenstellen.

Weiterhin spricht das Gesetz gewissen Personen das Recht zu, Sachen in Besitz zu nehmen, so dem Konkursverwalter (§ 117 KO.), dem Vermieter (§ 561 Abs. 1), dem Verpächter (§ 581) und dem Gastwirt (§ 704), ferner dem Ehemann (§§ 1373, 1443) und dem Testamentsvollstrecker (§ 2205). Hinsichtlich des Vermieters, Verpächters und Gastwirts ist in dem Rechte, in Besitz zu nehmen, die Erlaubnis eigenmächtiger Besitznahme enthalten („auch ohne Anrufen des Gerichts" § 561 Abs. 1). Für diese Fälle, in denen also sogar im Possessorium der dejizierte Eigentümer der Sache unterliegen würde, kann eine Einrede aus dem Besitzrechte gegen den Eigentumsanspruch nicht zweifelhaft sein. Ob freilich dem Konkursverwalter (§ 117 KO.) eigenmächtige Besitznahme erlaubt ist, ist bestritten (vgl. das Zitat bei Wolff a. a. O. S. 6). Wolff nimmt es jedoch mit Recht auch für diesen an. Danach wäre also auch dem eigenmächtig handelnden Konkursverwalter die Einrede aus § 986 ohne weiteres zuzubilligen. Für den Testamentsvollstrecker und den Ehemann aber ist eigenmächtige Besitznahme ausgeschlossen.[5]) Dennoch ist auch in diesen Fällen die Zulassung der Einrede aus dem Rechte zum Besitz anzunehmen, und zwar nicht nur dann, wenn dem Testamentsvollstrecker oder dem Ehemanne die Sache vom Erben bezw. von der Frau übergeben worden ist, sondern auch, wenn jene sich eigenmächtig den Besitz verschafft haben.[6]) Denn in dem Rechte, in Besitz zu nehmen,

---

[5]) Hinsichtlich des Ehemannes ist dies freilich bestritten. Wolff folgt mit Recht der herrschenden Meinung, die das Recht des Ehemanns auf Eigenmacht gegen die Frau verneint, vgl. die Zitate bei Wolff S. 65. Anm. 5.

[6]) Die dem Testamentsvollstrecker gegen den Eigentumsanspruch des Erben gegebene Einrede aus § 986 wird allerdings für den be-

liegt das Recht, die einmal erlangte Sache, auf welche Weise sie auch erlangt sei, weiterhin innezubehalten, d. h. zu besitzen. Wenn auch Testamentsvollstrecker und Ehemann beim Vorliegen von Eigenmacht im Possessorium verurteilt werden müßten, könnten sie doch durch die Einrede aus dem Besitzrecht Abweisung der rei vindicatio erlangen.

Bisweilen spricht das BGB. auch nur von dem Rechte, von einem anderen die „Übergabe" (§§ 433, 440, 651) oder „Auslieferung" (§§ 402, 444) oder „Rückgabe" (§§ 371, 1087, 1223, 1254) oder „Herausgabe" (§§ 498, 812, 1251, 1296, 1301 u. a.) einer Sache oder die „Überlassung" des Besitzes oder der Sache (§§ 536, 561 Abs. 2, 581, 704) u. dergl. zu fordern. Auch in allen diesen Fällen hat der Berechtigte, wenn er im Besitze der Sache ist, ein bald dingliches, bald obligatorisches Recht zum Besitze und damit eine Einrede gegen den Eigentumsanspruch, und zwar nicht nur, wenn er den Besitz der Sache durch „Übergabe" (traditio), sondern auch, wenn er ihn auf andere Weise erlangt hat. Der Käufer oder Mieter, der die gekaufte bezw. gemietete Sache von einem Dritten oder vom geisteskranken Verkäufer oder Vermieter oder durch Fund oder gewaltsame Wegnahme oder auf sonstige Weise erlangt hat, hat ebenso ein „Recht zum Besitze" im Sinne des § 986 und in dem Sinne, in dem das Gesetz sonst diesen Ausdruck gebraucht (vgl. §§ 863, 868) als einer, der die Sache durch Übergabe vom Verpflichteten erworben hat. Die Frage, ob aus einem „Rechte auf Übergabe" ohne Übergabe ein „Recht zum Besitze" werden kann, ist zu bejahen.[7]) Denn Ziel des „Rechts auf Übergabe" ist nicht die Übergabe selbst, sondern die mit

---

sonderen Fall des § 2217 Abs. 2 abgeschwächt, vgl. Suppes a. a. O. S. 37.

[7]) vgl. dagegen aber Rappaport S. 197 f.

ihr verbundene Besitzerlangung. Solange dies Ziel nicht erreicht, der Käufer also noch nicht in den Besitz der gekauften Sache gekommen ist, hat er noch sein „Recht auf Übergabe". Er kann also vom Verkäufer fordern, daß *er* ihm den Besitz verschaffe. Jeden anderen Besitzerwerb, der nicht durch Übergabe seitens des Verkäufers erfolgt, kann er unbeschadet des § 267 ablehnen. Ist aber das Ziel, also die Besitzerlangung auf seiten des Käufers auch ohne Übergabe, d. h. ohne Besitzverschaffung durch den *Verkäufer* erreicht, so ist das Recht auf Übergabe erloschen. Der Käufer hat den Besitz erlangt, er hat damit erreicht, was er auf Grund seines „Rechts auf Übergabe" verlangen konnte. Auf welche Weise er dies erreicht hat, ist gleichgültig. Sein „Recht auf Übergabe" ist mit der Besitzerlangung gegenstandslos geworden. Der Käufer ist jetzt Besitzer, als wenn ihm der Verkäufer selbst den Besitz verschafft hätte. Er hat jetzt zwar nicht mehr ein Recht auf Übergabe, braucht dafür aber die Sache nicht wieder herauszugeben. Er hat ein Recht, den Besitz „zu behalten". In dieses Recht hat sich durch die Besitzerlangung sein „Recht auf Übergabe" umgewandelt. Das Recht, den Besitz „zu behalten", aber ist nichts anderes als ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986.

Auch hier sei nochmals darauf hingewiesen, daß der Käufer, wenn er den Besitz der gekauften Sache durch verbotene Eigenmacht erlangt hat, die Einrede, die ihm sein Recht zum Behalten der Sache gibt, nur gegenüber der Klage aus dem Eigentumsrechte mit Erfolg geltend machen kann. Im Besitzschutzstreite dagegen würden dem dejizierten Verkäufer die Besitzschutzmittel zur Seite stehen. Der Käufer würde hier mit seiner Einrede aus dem Rechte zum Besitze nicht gehört werden (§ 863). Er müßte vielmehr dem dejizierten Verkäufer den Besitz an der gekauften Sache wieder einräumen (§ 861), ihm also die Sache zurückgeben. Dafür

würde aber sein Recht „auf Übergabe" wieder aufleben, das durch die Besitzerlangung in ein Recht zum Besitz übergegangen war. Hat der Käufer den Besitz der gekauften Sache durch verbotene Eigenmacht erlangt, so ist sein Besitzrecht sonach nur ein resolutiv bedingtes, an den Besitz der Sache geknüpftes. Fällt die Bedingung weg, d. h. verliert der Käufer den Besitz der Sache wieder durch Unterliegen im Besitzschutzstreit und durch Rückgabe an den Verkäufer, so kommt das durch die Besitzerlangung zum Besitzrecht erweiterte „Recht auf Übergabe" gegen den Verkäufer wieder zur Geltung.

Wolff a. a. O. S. 8 hebt mit Recht hervor, daß verbotene Eigenmacht nur im Besitzschutzstreit eine Rolle spielt und zum Schutze gegen Eigenmacht nur die Besitzschutzmittel dienen sollen. Der Anspruch des Verkäufers wegen verbotener Eigenmacht des Käufers erlischt mit dem Ablauf eines Jahres nach ihrer Verübung, wenn nicht vorher deshalb Klage erhoben worden ist (§ 864 Abs. 1). Nach dieser Frist ist der widerrechtlich erlangte Besitz geheilt, der Besitz also rechtmäßig. Soll die mit dieser Bestimmung verfolgte Absicht des Gesetzes nun dadurch illusorisch gemacht werden, daß der Verkäufer, der noch Eigentümer ist, mit der Eigentumsklage den durch verbotene Eigenmacht erlangten, aber jetzt rechtmäßigen Besitz des Käufers beseitigen kann? Doch wohl nicht. Daher ist dem auf Herausgabe der eigenmächtig in Besitz genommenen Sache belangten Käufer die Einrede aus dem Rechte zum Besitze zu gewähren.

Auch aus dem § 864 Abs. 2 rechtfertigt sich das gewonnene Ergebnis.[8]) Es kann darnach der Käufer, der die gekaufte Sache dem Verkäufer gewaltsam weggenommen oder entwendet hat, sogar die vom Verkäufer angestrengte Be-

[8]) Wolff a. a. O. S. 9.

sitzschutzklage durch sein Recht aus dem Kaufvertrag unschädlich machen, sobald die Voraussetzungen des § 864 Abs. 2 erfüllt sind, wenn also nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht rechtskräftig festgestellt wird, daß dem Täter ein Recht an der Sache[9]) zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann. Um so mehr muß der Käufer doch wegen seines Rechts zum Besitze der Eigentumsklage entgehen.

Das erlangte Ergebnis ist in gleicher Weise wie auf die Fälle des „Rechts auf Übergabe" auch auf die anderen oben genannten Fälle des Rechts „auf Auslieferung", „auf Rückgabe", „auf Herausgabe" und „auf Überlassung" anwendbar. Ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 und damit die Einrede hat der Besitzer also nicht nur in Fällen, wo das Gesetz von einem „Recht zum Besitz" oder „Recht in Besitz zu nehmen" spricht, sondern auch in den Fällen des Rechts auf „Übergabe" usw., auch wenn der Besitz auf andere Weise als durch Übergabe usw., also ohne Mitwirkung des obligatorisch Verpflichteten erlangt ist.[10]) Das Besitzrecht und

---

[9]) Unter dem „Recht an der Sache" ist nicht nur das dingliche, sondern auch das obligatorische Recht zu verstehen; vgl. hierzu die bei Wolff a. a. O. S. 9 Genannten, besonders Strohal, Sachbesitz (Iherings Jahrbücher Bd. 38) S. 120 f.

[10]) vgl. Förster-Eccius, Preuß. PrivR., auf der Grundlage des Werkes von Förster bearbeitet von Eccius 7. Aufl., Berlin 1896, Bd. 3 S. 294; Planck a. a. O. zu § 986, 1 aβ S. 305; Maenner, Das Sachenrecht nach dem BGB. und der Grundbuchordnung f. d. Deutsche Reich 2. Aufl. des „Rechts der Grundstücke", München 1906, § 27 S. 226; Endemann a. a. O. § 93 Anm. 6 S. 599; ferner Rappaport a. a. O. S. 198. Dieser macht auf das „Paradoxon" aufmerksam, „daß das obligatorische Recht in dieser Hinsicht dem etwa zu erzeugenden dinglichen Rechte des Empfängers überlegen ist; dieses kann durch Usurpation nicht entstehen, jenes erhält seine Einredefunktion unabhängig vom Willen des Eigentümers."

folglich die daraus entspringenden Einreden sind unabhängig von der Art der Besitzerlangung.

Damit das Recht zum Besitze gegen den Vindikationsanspruch wirkt, muß es ein gegenwärtiges sein. Ist es durch Rechtsgeschäft begründet, so hängt es von dessen Gültigkeit ab, z. B. des Mietvertrages (vgl. Rechtsprechung der OLG. Bd. 8 S. 422 gegen Bd. 7 S. 11). Ein bloßer Vorvertrag über den künftigen Verkauf einer Sache genügt zur Begründung eines Rechts zum Besitze noch nicht (vgl. die RGE. in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 48 S. 943).[11]) Das Recht zum Besitze muß ferner ein unbedingtes sein. Steht ihm selbst eine Einrede entgegen, so kann ihm diese als Replik entgegengesetzt werden. Der Eigentumsanspruch dringt sodann durch. Z. B. es hat der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben. Der Käufer aber hat die Sache eigenmächtig in Besitz genommen; klagt nun der Verkäufer als Eigentümer aus § 985, und der Käufer macht die Besitzrechtseinrede geltend, so kann der Verkäufer replicando geltend machen, daß der Käufer noch nicht den Kaufpreis gezahlt habe. Oder A hat an B eine Sache vermietet, hat sie ihm aber noch nicht übergeben, weil Mietzinszahlung vor der Übergabe vereinbart und der Mietzins bisher von B noch nicht gezahlt worden ist; B setzt sich durch verbotene Eigenmacht in den Besitz der gemieteten Sache. Macht B gegen die rei vindicatio des A sein Besitzrecht geltend, so kann A dagegen vorbringen, daß B noch nicht den Mietzins gezahlt habe.[12]) Wolff empfiehlt mit Grund für diese Fälle die Anwendung des Prinzips der Zug-um-Zug-Verurteilung (§ 322). Das Ergebnis wäre, daß der

---

[11]) Planck a. a. O. zu § 986, 1a β S. 305; vgl. auch Neumann, Jahrb. d. deutschen R. Jahrg. 3 Bd. 1, Berlin 1905, zu § 986 S. 425.

[12]) vgl. auch das Beispiel bei Wolff a. a. O. S. 9 a. E.

Beklagte zur Herausgabe verurteilt würde, ihm aber nachgelassen wird, die Herausgabe durch Zahlung des Kauf- oder Mietzinses abzuwenden.

Das Recht zum Besitze kann sich natürlich auch auf Eigentum stützen. Behauptet der Vindikationsbeklagte, er sei Eigentümer der vindizierten Sache (exceptio dominii), so liegt darin jedoch nicht Geltendmachung eines Gegenrechts, also Einrede, sondern Leugnen des Klaggrundes.[13])

§ 6.

Das Recht zum Besitze gegenüber dem Eigentümer.

Das Recht zum Besitz, auf das sich der beklagte Besitzer gegenüber dem Eigentümer berufen kann, und das ihm die Einrede aus § 986 gibt, muß dem klagenden Eigentümer gegenüber bestehen.[1]) Nur dann kann der Besitzer die Herausgabe verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer, d. h. dem vindizierenden Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Handelt es sich um dingliche Rechte zum Besitze, so ist es selbstverständlich, daß sie gegen den klagenden Eigentümer wirken, denn als dingliche Rechte wirken sie absolut, gegen jedermann. Anders ist dies bei obligatorischen Besitzrechten. Diese wirken nur relativ, zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten. Es bedarf hier also immer

---

[13]) Endemann a. a. O. § 93 Anm. 2 S. 598; Fischer-Henle a. a. O. zu § 986 Anm. 9 S. 520; a. A. Kober a. a. O. zu § 986 1 a. S. 248.

[1]) vgl. zum folgenden Wolff a. a. O. S. 10—13; Cosack a. a. O. § 212 unter VII, 1 b S. 164f.; Endemann a. a. O. § 93 Anm. 5 S. 599; Wittmann a. a. O. S. 33; Maenner a. a. O. § 27 S. 226; Crome a. a. O. § 385 S. 235 und § 418 S. 415; Meisner a. a. O. zu § 986, 2 S. 137.

besonderer Prüfung, ob das Besitzrecht gegen den Vindikanten wirkt, weil dieser obligatorisch verpflichtet ist.

Die Einrede aus dem obligatorischen Besitzrechte wirkt nur gegenüber dem Eigentümer, der aus dem dem Besitzrechte des beklagten Besitzers zugrunde liegenden Schuldverhältnisse verpflichtet ist, sowie gegenüber dessen Universalnachfolgern. Dem auf Herausgabe klagenden Sondernachfolger des verpflichteten Eigentümers kann die Einrede nur dann entgegengesetzt werden, wenn er die dem Besitzrecht entsprechende Verpflichtung übernommen hat (§§ 414, 415).[2] Z. B. der Eigentümer hatte sich einem Dritten auf längere Zeit zur unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung seines Grundstücks verpflichtet (§ 598); bald darnach hatte er das Grundstück weiter verkauft, es dem Käufer auch aufgelassen; klagt der Käufer gegen den Dritten auf Herausgabe, so schlägt dessen Einrede aus seinem Besitzrechte nicht durch, wofern nicht etwa der Käufer die Verpflichtung des Verkäufers gegenüber dem Dritten übernommen hatte. In der Hauptsache wird also bei Besitzrechten, die einem obligatorischen Rechtsverhältnis entspringen, von der Einrede aus § 986 nur der Eigentumsanspruch des Eigentümers getroffen, der sich selbst durch das der Einrede zugrunde liegende Rechtsverhältnis gebunden hat.

Eine Ausnahme von dieser Regel bestimmt für das Fahrnisrecht der Abs. 2 des § 986, für den Fall, daß die vindizierte Sache nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist. Der Besitzer einer derart veräußerten beweglichen Sache kann nämlich die Einrede des Rechts zum Besitze, die er gegen den abgetretenen Anspruch hatte, auch dem neuen Eigentümer entgegenhalten.

---

[2] Biermann a. a. O. zu § 986, 1 S. 192; ebenso Kuhlenbeck, BGB. a. a. O. zu § 986 Anm. 1 S. 128; vgl. auch Kretzschmar a. a. O. zu § 986, 1 S. 266.

Es wirkt hier also das obligatorische Besitzrecht auch gegenüber dem Sonderrechtsnachfolger des Verpflichteten, vorausgesetzt, daß dieser die Mobilie durch Abtretung des Herausgabeanspruchs weiter veräußert hat. Diese Erstreckung der Wirksamkeit des obligatorischen Besitzrechts auf andere Personen als den Verpflichteten beruht, wie von Wolff und auch sonst mehrfach [3]) hervorgehoben worden ist, auf der „Publizitätsfunktion" des Besitzes, der in dieser Funktion der Grundbucheintragung im Liegenschaftsrecht entspricht.

Eine ähnliche Wirkung der obligatorischen Verpflichtung für den Rechtsnachfolger des Verpflichteten sieht das Gesetz im Liegenschaftsrechte beim Miet- und Pachtrechte vor (§§ 571 ff.).

Im übrigen aber wirkt das obligatorische Besitzrecht nur gegen den Verpflichteten. Der Sonderrechtsnachfolger bleibt von der Verpflichtung seines Vorgängers unberührt. Gegen jenen ist dem Besitzer der Sache keine Einrede gegeben. Selbst wenn der Erwerber Kenntnis von den obligatorischen Verpflichtungen seines Vormannes hatte, dringt er doch mit seinem Eigentumsanspruche durch. Hat z. B. der bisherige Eigentümer eines Grundstücks jemandem ein Erbbaurecht oder einen Nießbrauch versprochen und ihm auch den Besitz des Grundstücks eingeräumt, so kann der neue Eigentümer, auch wenn er von jenem Versprechen Kenntnis hatte, vom Besitzer die Herausgabe fordern. Ferner gehört hierher der Fall der sogen. exceptio r. v. et tr. Auch diese wirkt, da sie auf einem persönlichen Rechte beruht, nur gegen den verpflichteten, von dem der Besitzer den Besitz erlangt hat, sowie gegen dessen Universalnachfolger. Es hat z. B. jemand ein Grundstück

---

[3]) vgl. Gierke a. a. O. S. 41 ff. S. 45 III; Crome a. a. O. § 385 S. 235 und Crome, Die juristische Natur der Miete n. d. deutsch. BGB., in Iherings Jahrb. Bd. 37 S. 66 ff.

formgültig nach § 313 gekauft. Es ist ihm übergeben, aber noch nicht aufgelassen worden. Der Verkäufer verkauft unterdessen das Grundstück weiter an einen Dritten und läßt es diesem auch auf;[4]) der Dritte klagt nun gegen den ersten Käufer auf Herausgabe. Dieser kann sich gegen den Dritten nicht einredeweise auf sein Recht zum Besitz aus Kauf und Übergabe berufen, auch wenn der Dritte beim Erwerbe des Grundstücks Kenntnis vom ersten Verkauf und der Übergabe gehabt hatte. Der erste Käufer muß das ihm vom Verkäufer übergebene Grundstück an den zweiten Käufer herausgeben. Der erste Käufer könnte sich nur mit der Vertragsklage an seinen Verkäufer halten. Wollte man die sogen. exceptio r. v. et tr. gegen den zweiten Käufer zulassen, so würde dem Grundbuchsystem damit schwerer Abbruch getan.

Um die Härte dieser Bestimmung für den zweiten Käufer zu mildern,[5]) macht Dernburg und das mit Recht (ebenso Cosack) hiervon eine Ausnahme, wenn in der Auflassung seitens des Verkäufers an den Sekundus eine Arglist gegen den Primus lag und der Sekundus durch Entgegennahme der Auflassung wissentlich an dieser Arglist teilgenommen hat. In diesem Fall kann Primus der rei vindicatio des Sekundus die sogen. exceptio r. v. et tr. entgegenhalten. Denn Sekundus hat in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Primus vorsätzlich Schaden zugefügt. Er ist diesem nach § 826 zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

---

[4]) Der Verkäufer bleibt ja Eigentümer, da er im Grundbuch eingetragen bleibt. Er ist daher auch imstande, das bereits verkaufte und übergebene Grundstück einem Dritten aufzulassen und durch Überschreibung im Grundbuche zu Eigentum zu verschaffen, vgl. Dernburg, Sachenrecht a. a. O. S. 284 § 92, 4.

[5]) vgl. für die folgende Darstellung dieses Paragraphen: Dernburg, Sachenrecht a. a. O. § 92, 4 S. 284; Cosack a. a. O. § 212 VII, 1 b S. 164 f.; Meisner a. a. O. zu § 986, 2 S. 137 u. Vorbem. II b zum Abschn. 2 S. 31 f.; Wittmann a. a. O. S. 33.

Der Schadensersatz würde darin bestehen (§ 249), daß Sekundus ihm das Grundstück zurückerstattet. Denselben kürzer zu erreichenden Erfolg im Interesse des Primus hat es, wenn er die sogen. exceptio r. v. et tr. gegen den Sekundus hat. Diese Einrede kommt der römischen exceptio doli sehr nahe.[6]) Primus würde die exceptio r. v. et tr. gegen Sekundus jedoch nicht haben, wenn Sekundus gar nicht arglistig gehandelt hätte, sondern nur der Verkäufer, wenn § 826 also nur gegen den Verkäufer anwendbar wäre.

Es ergibt sich hier die Frage, was unter Arglist zu verstehen ist. Meisner gibt dazu folgendes anschauliche Beispiel: Ein Fabrikbesitzer hat zur Erweiterung seines Betriebes Land gekauft; sein Konkurrent erwirbt darauf, um diese Erweiterung der Fabrikanlage zu verhindern, zu höherem Preise das Eigentum des Landes durch Auflassung und Eintragung im Grundbuche. Nach der Ansicht Meisners ist in dieser Handlungsweise des Konkurrenten eine nach § 826 rechtswidrige und zum Schadensersatze verpflichtende Handlung nicht zu sehen. Denn die wissentliche Beteiligung an der Verletzung einer älteren kontraktlichen Pflicht des Gegenkontrahenten ist zwar überhaupt nicht geziemend und widerspricht den „guten Sitten", das BGB. hat aber diesen Grundsatz nicht als maßgebend anerkannt, da ja nach ihm die Kenntnis des früher begründeten persönlichen Rechts eines Dritten beim Eigentumserwerbe keine Berücksichtigung findet, insbesondere nicht den Erwerber gegenüber dem persönlich Berechtigten zum Schadensersatze verpflichtet, ein jeder vielmehr trotz solcher Kenntnis seinen Vorteil durch Erlangung der Auflassung bei Immobilien wahrnehmen darf. Nur dann will Meisner in ähnlichen Fällen einen Schadensersatzanspruch

---

[6]) vgl. Eck-Leonhard a. a. O. S. 168 f.; gegen die Ansicht Ecks aber Leonhard a. a. O. S. 169 Anm. 1.

des Primus gegen Sekundus gegeben wissen, wenn Sekundus „ohne eigenes Interesse, lediglich zwecks Schädigung" des Primus, „aus Schikane" (§§ 226, 826) gehandelt hat, oder wenn der Auflassende und der Sekundus von vornherein arglistig eine Schädigung des Primus vereinbart haben, insbesondere in der Art, daß die Auflassung an den Sekundus erfolgen soll, nachdem das Grundstück dem Primus verkauft und übergeben und der Kaufpreis von ihm erhoben ist.

Im allgemeinen also wirkt das obligatorische Besitzrecht, den Fall des § 986 Abs. 2 ausgenommen, nur gegen den obligatorisch Verpflichteten, und nur gegen dessen Vindikation sind dem Besitzer der Sache die Einreden aus § 986 gegeben. Dagegen ist dem Besitzer, wenn sein obligatorisches Recht durch eine Vormerkung (§ 883) gesichert ist, wie Wolff a. a. O. S. 13 treffend ausführt, gegen die Vindikation des eingetragenen Eigentümers die Einrede aus § 986 zu gewähren.[7]) Auch für diesen Fall wird also die Einrede nicht nur gegenüber dem verpflichteten Eigentümer gegeben sein, sondern auch gegenüber dessen Sonderrechtsnachfolgern. Dies ergibt sich unschwer schon aus dem Zwecke der Vormerkung. Das Gesetz schweigt allerdings von derartigen Folgen der Vormerkung. Es bestimmt durch § 888 nur, daß der obligatorisch Berechtigte, dessen Recht vorgemerkt ist, von dem Erwerber die Zustimmung zu dem verwirklichenden Bucheintrage, nicht etwa die Übergabe des Grundstücks verlangen kann. Zweckmäßig erscheint es jedoch, dem durch Vormerkung gesicherten obligatorisch Berechtigten, wenn er einmal den Besitz, auf welche Weise es auch sei, erlangt hat, eine Einrede gegenüber dem Eigentumsanspruche des neuen Eigentümers

---

[7]) Ebenso Planck a. a. O. zu § 986, 1 a β S. 305; vgl. hierzu Crome, Bürgerl. Recht a. a. O. § 418 Anm. 2 S. 415; vgl. auch Kretzschmar a. a. O. zu § 986, 1 S. 266.

zu geben. Denn auch der neue Eigentümer wäre nach § 888 durch die Vormerkung gebunden. Der durch die Vormerkung gesicherte Berechtigte könnte diese jederzeit nach § 888 geltend machen. Ihm daher ein „Besitzbehaltungsrecht", d. h. ein Recht zum Besitze gegenüber der Vindikation des neuen Eigentümers zu geben, wäre nur berechtigt. Es werden dadurch nicht nur viele Umständlichkeiten vermieden, sondern es wird damit auch dem eigentlichen Zwecke der Vormerkung gedient. Wann der gesicherte obligatorisch Berechtigte den Besitz der Sache erlangt hat, ob noch zur „Eigentumszeit" des Verpflichteten oder zu der des jetzigen Klägers, wäre für sein „Besitzbehaltungsrecht" gleichgültig, da es, sich auf die Vormerkung stützend, vom Eigentumswechsel nicht berührt würde.

§ 7.

Wirkung des Rechts zum Besitz im Konkurse des verpflichteten Eigentümers.

Wirkt das obligatorische Besitzrecht[1]) auch im Konkurse des verpflichteten Eigentümers gegenüber der Vindikation des Konkursverwalters? Hat also der Besitzer der Sache die Einreden aus § 986, die ihm gegen den Gemeinschuldner zustehen, auch gegen den Konkursverwalter?[2]) Diese Frage ist sehr bestritten. Die Motive Bd. 3 S. 422 und die herrschende Meinung (Biermann, Cosack, Fuchs, Kober, H. O. Lehmann, Meisner, Turnau-Förster, Kretzschmar)[3]) verneinen diese Frage. A. A.

[1]) Die Wirkung von Besitzrechten dinglicher Natur gegenüber der Vindikation des Konkursverwalters kann wegen der absoluten Wirkung dieser Rechte nicht zweifelhaft sein; vgl. auch Kretzschmar a. a. O. zu § 986, 1 S. 266.

[2]) vgl. zum folgenden Wolff a. a. O. S. 13.

[3]) vgl. Biermann a. a. O. zu § 986,1 S. 192; Cosack

ist besonders Dernburg, ihm sind Eck-Leonhard, Endemann, Crome, Langheineken, Rappaport, Heilfron gefolgt.[4])

Die Motive begründen die Verneinung der Frage kurz damit, daß sie sagen, die Erfüllung der Forderung des obligatorisch berechtigten Inhabers der Sache sei keine Massesschuld. Dies wird auch von Dernburg anerkannt. Dagegen meint Dernburg aber, der Schluß hieraus sei nicht richtig, denn die Konkursgläubiger hätten kein selbständiges dingliches Recht an den Gegenständen der Masse, seien vielmehr darauf verwiesen, den Eigentumsanspruch des Gemeinschuldners geltend zu machen, unterlägen daher auch den Einreden, die diesem etwa entgegenstehen. Die von Dernburg vertretene Ansicht geht also davon aus, daß der Konkursverwalter nur den Eigentumsanspruch des verpflichteten Eigentümers geltend macht, infolgedessen auch den Einreden des Besitzers dagegen unterworfen ist.

Für die Beantwortung der Frage sind aber auch die konkursrechtlichen Vorschriften in Betracht zu ziehen.[5]) Ge-

---

a. a. O. § 212 VII, 1 b S. 165; Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1, Materielles Grundbuchrecht, Berlin 1902, S. 249; Kober a. a. O. zu § 986, 1 e S. 248; Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 68 S. 202; Meisner a. a. O. zu § 986, 2 S. 137 f.; Turnau-Förster a. a. O. S. 409 unter III, 1; Kretzschmar a. a. O. zu § 986, 1 S. 266.

[4]) vgl. Dernburg, Sachenrecht a. a. O. § 92, 3 S. 283; Eck-Leonhard a. a. O. S. 168; Endemann a. a. O. § 93 Anm. 5 S. 599; Crome, Bürgerl. Recht a. a. O. § 418 Anm. 4 S. 415 und § 385 Anm. 33 S. 237; Langheineken a. a. O. S. 300 Anm. 1 a. E.; Rappaport a. a. O. S. 201; Heilfron, Lehrbuch des bürgerl. Rechts auf der Grundlage des BGB. Abt. 3, Sachenrecht 2. Aufl., Berlin 1903, S. 369 Anm. 6.

[5]) vgl. hierzu Jäger, Komm. z. KO. 2. Aufl., Berlin 1904; zu § 117 Anm. 14 S. 143; Wittmann a. a. O. S. 33 f.

mäß § 17 KO. ist zu unterscheiden, ob der zweiseitige Vertrag, der die Grundlage für das Besitzrecht des Besitzers bildet, z. B. der Kaufvertrag, zur Zeit der Konkurseröffnung noch auf keiner Seite vollständig erfüllt ist oder nicht. Der Käufer würde erfüllt haben, wenn er den Kaufpreis gezahlt und die ihm vom Verkäufer übergebene Sache abgenommen hätte. Ist noch auf keiner Seite vollständig erfüllt, so hat der Konkursverwalter nach § 17 KO. das Recht der Nichterfüllung. Er kann aber auch vom anderen Teile Erfüllung verlangen. Verlangt er diese, so muß er auch seinerseits erfüllen. Seine Verpflichtung als Verkäufer wird dann Masseschuld (§ 59 Ziff. 2 KO.). Das Recht zum Besitze des Käufers wirkt in diesem Falle also zweifellos gegen die Konkursmasse und gibt dem Besitzer der Kaufsache die Einrede. Wählt der Konkursverwalter aber die Nichterfüllung, so ist der Käufer nach den Bestimmungen der KO. nur darauf verwiesen, eine Schadensersatzforderung als Konkursgläubiger nach § 26 KO. geltend zu machen (vgl. §§ 7, 12, 69 KO.). Ebenso ist das Käuferrecht eine bloße Konkursforderung (§§ 26, 69 KO.), wenn der Käufer vor dem Konkurse bereits vollständig erfüllt hatte, der § 17 KO. also nicht zur Anwendung kommen könnte. In den beiden letzten Fällen wäre also nach der KO. die obligatorische Berechtigung gegenüber der Konkursmasse nicht wirksam. Eine Ausnahme davon bildet nur § 21 KO.

Jedoch muß auch in diesen beiden zuletzt genannten Fällen das obligatorische Besitzrecht des Besitzers gegenüber der Vindikation des Konkursverwalters Wirksamkeit haben. Es ist dabei auch hier, wie Wolff[6]) sehr richtig erkannt hat, in gleicher Weise wie oben bei der Wirkung der persön-

[6]) vgl. auch Crome, Bürgerl. Recht a. a. O. § 418 Anm. 4 S. 415.

lichen Besitzrechte gegen den Rechtsnachfolger des Verpflichteten, ein Unterschied zu machen zwischen Fahrnis- und Liegenschaftsrecht. Der Fahrnisbesitzer, der schon bei Konkurseröffnung den Besitz der vom Konkursverwalter vindizierten Sache inne hatte, muß sich diesem gegenüber einredeweise auf sein Recht zum Besitz ebensogut berufen dürfen, wie gegenüber dem neuen Eigentümer gemäß § 986 Abs. 2.[7]) Der Liegenschaftsbesitzer kann sich, abgesehen von Miet- oder Pachtrechten gemäß § 21 KO., auf andre obligatorische Besitzrechte nur dann berufen, wenn sie durch Vormerkung gesichert sind (vgl. § 24 KO.). Denn die im Fahrnisrechte durch den Besitz verschaffte Publizitätswirkung ist im Liegenschaftsrecht an den Bucheintrag geknüpft.

Auch dem Konkursverwalter kann sonach der obligatorisch Berechtigte sein durch Besitz bezw. Vormerkung verstärktes persönliches Besitzrecht mit Erfolg einredeweise entgegensetzen.

---

[7]) Zu engherzig Planck a. a. O. zu § 986, 1 a β a. E. S. 305 und Maenner a. a. O. § 27 Anm. 26 S. 226.

Zweiter Teil.

Die Einreden im besonderen.

§ 8.

Die Einrede aus eigenem Rechte zum Besitze.

Das BGB. gewährt im § 986 dem Vindikationsbeklagten die Einrede aus dem Rechte zum Besitze gegen den Eigentumsanspruch in drei Fällen: 1. wenn der Besitzer selbst dem klagenden Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist; 2. wenn der mittelbare Besitzer, von dem der Beklagte sein Recht zum Besitz ableitet, dem klagenden Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist; 3. wenn der vindizierende Eigentümer das Eigentum an der vindizierten beweglichen Sache vom obligatorisch verpflichteten früheren Eigentümer durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 erworben hat (§ 986 Abs. 2).[1])

Im ersten Falle hat also der Besitzer die Einrede aus seinem eigenen Rechte zum Besitze gegenüber dem Eigentümer. Die Fassung des § 986 für diesen Fall lautet: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist." Dieser Fall liegt immer vor, wenn das Recht zum Besitze dinglicher Natur ist, also gegen jedermann wirkt, z. B. bei Nießbrauch,

[1]) vgl. Eck-Leonhard a. a. O. S. 166 ff.

Pfandrecht. Denn hier wirkt das Besitzrecht ohne weiteres gegen den Eigentümer. Entspringt das Recht zum Besitz aber einem obligatorischen Rechtsverhältnisse, so muß, wenn der erste Fall vorliegen soll, dies Rechtsverhältnis zwischen dem beklagten Besitzer der Sache und dem klagenden Eigentümer selbst bestehen. Nur dann ist der Besitzer dem vindizierenden Eigentümer gegenüber unmittelbar zum Besitze berechtigt. Z. B. der Besitzer der Sache hat diese vor kurzem von dem vindizierenden Eigentümer selbst auf längere Zeit gemietet. Der beklagte Besitzer hat hier aus dem Mietvertrag ein Recht zum Besitze gegenüber dem Kläger.

Soll der erste Fall Anwendung finden, so muß grundsätzlich der beklagte Besitzer selbst gegen den Eigentümer ein Recht zum Besitze haben. Nur dann hat der Besitzer die Einrede aus § 986. Ist der beklagte Besitzer Nachfolger des zum Besitze gegenüber dem Eigentümer berechtigten Besitzers im Besitze (ihm hat z. B. der Besitzberechtigte zwecks späterer Eigentumsübertragung den Besitz übertragen), so hat er die Einrede nicht. Er hat als Nachfolger im Besitze die Einrede gegen die Vindikation nur dann, wenn er Erbe des Besitzberechtigten ist (§ 857), also nur als Universalnachfolger, oder wenn ihm die Einrede vom Besitzberechtigten besonders abgetreten worden ist.[2]) Es entspricht dies auf der andern Seite der Regel, daß die Einrede aus dem Rechte zum Besitz, abgesehen von dem für das Fahrnisrecht geltenden Falle des § 986 Abs. 2, nur dem daraus verpflichteten Eigentümer und dessen Gesamtrechtsnachfolgern gegenüber wirkt, nicht aber dessen Sonderrechtsnachfolger gegenüber, es sei denn, daß dieser die entsprechende Verpflichtung übernommen hat.

Zweifelhaft erscheint, ob auch das folgende Beispiel unter den ersten Fall zu bringen ist. Der im Grundbuch ein-

[2]) Biermann a. a. O. zu § 986, 1 S. 192.

getragene Grundstückseigentümer A hat sein Grundstück an B verkauft und es ihm ohne Auflassung übergeben; B veräußert das Grundstück ohne Auflassung weiter an C und übergibt es ihm; darauf klagt A gegen C auf Herausgabe. Das römische Recht gewährte zwar in ähnlichen Fällen dem Nachfolger die exceptio r. v. et tr. (vgl. l. 3 D. de exc. rei vend. et trad. [21, 3]).[3]) Stammler meint jedoch zu dieser Stelle, die Motivierung des Hermogenian beziehe sich nur auf den Kauf besonders, nicht aber auf jede sonstige Nachfolge, auch sei es dabei wohl nur auf eine vermutete Zession des Gegenrechts abgestellt gewesen, denn B habe ein lebhaftes Interesse daran, daß dem C nicht evinziert werde. Nach dem Rechte des BGB. versagt aber Stammler dem C die Einrede aus § 986, da das BGB. „keinen Anlaß biete, außer der besonderen Norm von 999, in allgemeiner Weise einen ergänzenden Rechtssatz zugunsten eines Nachfolgers im Besitz aufzustellen". Wir sind geneigt, uns Stammlers Ansicht anzuschließen. Da jedoch im obigen Beispiele C nicht bloßer Nachfolger des B im Besitz ist, sondern er ein Besitzrecht gegen B hat, der seinerseits A gegenüber zum Besitze berechtigt ist, so wird dieses Beispiel wohl besser bei dem unter 2. genannten Falle der Einrede aus § 986 zu betrachten sein (vgl. deshalb hierzu die Ausführungen im folgenden Paragraphen). Die Voraussetzungen des unter 1. genannten Falles der Einrede aus § 986 lassen jedenfalls, da C dem A gegenüber nicht unmittelbar zum Besitze berechtigt ist, eine Einrede des C gegen die Vindikation des A nicht zu.

---

[3]) Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten, Halle a. S. 1900, S. 78.

§ 9.

Die Einrede aus fremdem Rechte zum Besitze.

Der Vindikationsbeklagte hat die Einrede des Rechts zum Besitz auch dann, wenn er weder ein dingliches Recht an der vindizierten Sache, noch unmittelbar dem Eigentümer gegenüber einen obligatorischen Anspruch auf Überlassung des Besitzes hat. Es genügt, wenn ein bestimmter Dritter, sein mittelbarer Besitzer, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. § 986 Abs. 1 Satz 1 gibt diese Einrede mit den Worten: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn ... der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist." Der Besitzer hat die Einreden gegen die Eigentumsklage also auch dann, wenn das obligatorische Rechtsverhältnis nicht zwischen ihm und dem Eigentümer, sondern zwischen seinem mittelbaren Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, und dem Eigentümer besteht. Das Recht zum Besitze des mittelbaren Besitzers gegenüber dem Eigentümer kann auch dinglicher Natur sein. Der Vindikationsbeklagte hat die Einrede des Rechts zum Besitz also auch dann, wenn er gegenüber einem Dritten, seinem mittelbaren Besitzer, und dieser wieder gegenüber dem klagenden Eigentümerbesitz berechtigt ist. Er kann die Herausgabe der Sache aber nur dann verweigern, wenn der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an ihn befugt war. War er dies nicht, so kann der Eigentümer die Herausgabe der Sache verlangen, und zwar in der Regel an den zur Besitzüberlassung nicht befugten mittelbaren Besitzer, an sich selbst nur dann, wenn der mittelbare Besitzer den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will (§ 986 Abs. 1 Satz 2).[1])

[1]) Rappaport a. a. O. S. 202.

Die Befugnis des Vindikationsbeklagten, bei Bestehen eines Rechtes zum Besitze gegenüber dem Kläger die Sache zu behalten, wird sonach dahin erweitert, daß der Besitzer die Sache auch dann behalten kann, wenn nicht er selbst, sondern nur sein mittelbarer Besitzer dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, vorausgesetzt, daß der mittelbare Besitzer ihm den Besitz zu überlassen befugt war. So kann sich z. B. der Untermieter auf das seinem Vermieter gegen den klagenden Eigentümer zustehende Mietrecht, oder der Entleiher auf das Nießbrauchsrecht des Verleihers berufen. Das Recht zum Besitze des Oberbesitzers gegenüber dem Eigentümer muß aber gegenwärtig bestehen. Ist also die Mietzeit des ersten Mieters abgelaufen, so kann sich der Untermieter nicht auf dessen Recht zum Besitze berufen.

Der Besitzer der Sache kann sich zur Verteidigung seines Besitzes auf das Besitzrecht seines Oberbesitzers gegenüber dem Eigentümer stützen. Das Gesetz gibt damit dem Besitzer eine „Einrede aus dem Rechte eines Dritten" (exceptio de iure tertii).[2])

Rappaport vertritt dagegen die Ansicht, daß der beklagte Besitzer nicht das Recht seines Oberbesitzers gegenüber dem Eigentümer geltend mache, sondern eigenes Recht zum Besitz auf Grund seiner Besitzerrechtsstellung und seines Besitzrechtes, das er vom Oberbesitzer ableitet.

Die Einrede des Rechts zum Besitze, die der Beklagte aus dem Rechte des Oberbesitzers geltend macht, steht eigentlich nur diesem zu. Der Beklagte ist aber befugt, sie für sich geltend zu machen. Es handelt sich dabei nicht um eine

---

[2]) vgl. hierzu und zum folgenden: Wolff a. a. O. S. 13 ff.; Endemann a. a. O. § 93 Anm. 6 S. 599; Eck-Leonhard a. a. O. S. 169 f.; Stammler a. a. O. S. 36—40; Rappaport a. a. O. S. 203 ff.

Übertragung des Einrederechts bei Bestellung des unmittelbaren Besitzes, sondern dem Besitzmittler kommen kraft Gesetzes die Einreden aus dem Rechte seines Oberbesitzers zu. Auf welche Weise der Besitzmittler den Besitz der Sache erlangt hat, ist für sein Einrederecht gleichgültig. Gegenstand und Grundlage seiner Verteidigung ist die tatsächliche Besitzherrschaft. Auch wenn er den Besitz der Sache ohne, ja gegen den Willen des Oberbesitzers, durch verbotene Eigenmacht, erlangt hat, bleibt ihm sein Einrederecht. Denn auch dann leitet er sein Recht zum Besitze vom mittelbaren Besitzer ab. Die Fehlerhaftigkeit seines Besitzes kann gegen ihn nur vom Oberbesitzer geltend gemacht werden.

Durch die Erlangung des Sachbesitzes ist der Besitzmittler in die Besitzrechte seines Oberbesitzers insoweit eingetreten, als das die Besitzvermittlung begründende Rechtsverhältnis reicht. Durch die Berufung auf das Besitzrecht seines Oberbesitzers schützt der Vindikationsbeklagte aber nicht nur seine eigenen Interessen am Sachbesitz, er verteidigt in seinem Besitze zugleich auch den seines Oberbesitzers. Der Besitzmittler ist hierzu in manchen Fällen nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet (vgl. z. B. § 545).[3])

Durch die Bestimmung des § 986 Abs. 1 Satz 1 wird dem Beklagten die nominatio auctoris erspart (§ 76 ZPO.). Ihm wird damit ermöglicht, selbst die Abweisung der Eigentumsklage herbeizuführen. Anstatt der Einrede kann aber der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren auch gemäß § 76 ZPO. den Streit verkünden. Der mittelbare Besitzer ist dabei berechtigt, mit Zustimmung des beklagten unmittelbaren Besitzers an dessen Stelle in den Prozeß einzutreten.[4])

---

[3]) Endemann a. a. O. § 93 S. 599 und Anm. 8 S. 600; Kober a. a. O. zu § 986, 2 S. 248.

[4]) Kretzschmar a. a. O. zu § 986, 2 S. 266 f.

Damit der Vindikationsbeklagte[5]) die Einrede aus dem Besitzrechte des Dritten hat, auf dessen Recht zum Besitze er sich beruft — Wolff nennt ihn kurz und treffend „Zwischenmann" —, müssen nach dem Wortlaute des Gesetzes, abgesehen von der in § 986 Abs. 1 Satz 2 enthaltenen noch folgende vier Voraussetzungen erfüllt sein:

1. Der Zwischenmann muß dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt sein,
2. der Zwischenmann muß mittelbarer Besitzer sein,
3. der Beklagte muß ein „Recht zum Besitze" haben,
4. dieses muß er von dem Zwischenmann ableiten, der seinerseits dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt ist.

Der Kläger selbst kann entfernt mittelbarer Besitzer der vindizierten Sache sein (§ 871), er kann auch des Besitzes ganz entbehren. Liegt aber eine der vier Voraussetzungen nicht vor, so kann nach dem Wortlaute des Gesetzes der Beklagte die Herausgabe der Sache nicht verweigern, er hat dann kein Besitzbehaltungsrecht.

Wolff a. a. O. S. 17 meint jedoch, „es wäre engherzig, bei diesem Gesetzeswortlaute Halt zu machen, statt das weitergreifende Prinzip aufzusuchen, das ihm zugrunde liegt, und das der Gesetzgeber in vorsichtigem Tasten nur für einen naheliegenden Anwendungsfall ausgesprochen hat. Grundgedanke jener Norm ist, daß nicht nur ein unmittelbares Besitzrecht des Beklagten gegen den Kläger jenem ein Besitzbehaltungsrecht verschaffen soll, sondern daß ein solches Recht auch zu gewinnen sei durch Summierung[6]) eines Besitzrechts des Zwischenmanns gegen den Kläger mit einem Besitzrecht oder einer Besitzpflicht des Beklagten gegen den Zwischen-

[5]) vgl. zur folgenden Darstellung: Wolff a. a. O. S. 17—20.
[6]) Dagegen Rappaport a. a. O. S. 203.

mann." Wolff kommt auf Grund dieser Erwägung zu dem Ergebnisse, daß die oben unter 2.—4. genannten Voraussetzungen zu eng gefaßt seien. Inwieweit ist Wolff beizustimmen?

Die Voraussetzung, daß der Beklagte ein Recht zum Besitze von dem Zwischenmann ableitet, wird offenbar schon dann erfüllt, wenn der Beklagte dem Zwischenmann gegenüber zum Besitze verpflichtet ist, z. B. als Verwahrer des Nießbrauchers.[7]) Es muß daher genügen, wenn der Beklagte zu dem Zwischenmann in einem Rechtsverhältnisse der im § 868 bezeichneten Art steht. Wolff führt die Fassung des Gesetzes wohl mit Recht auf das gleiche redaktionelle Versehen bei Verwendung der Worte „Recht zum Besitz" wie in §§ 941, 991 zurück. Dagegen ist daran festzuhalten, daß der Zwischenmann dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist.

Das Gesetz verlangt, daß der Beklagte sein Recht zum Besitze von dem Zwischenmanne, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist, „ableitet".[8]) Ohne Zweifel ist hier § 871 anwendbar, so daß der Zwischenmann auch entfernt mittelbarer Besitzer vom Beklagten sein kann,[9]) z. B. A hat die Sache an B, dieser sie an C, und C sie an D vermietet und übergeben. Es genügt aber offenbar auch, daß der Beklagte sein Recht zum Besitze von einem Vormanne des jetzt Besitzberechtigten ableitet. Vgl. das Beispiel bei Wolff: A verkauft und übergibt ohne Auflassung sein Grundstück an B,

---

[7]) Ebenso Windscheid-Kipp a. a. O. § 197 S. 894; Planck a. a. O. zu § 986, 1 b α S. 305; vgl. auch Rappaport a. a. O. S. 204 Anm. 2.

[8]) D. h. dessen Besitzmittler ist vgl. §§ 941, 991. Vgl. Kohler, Vertrag und Übergabe (Arch. f. bürgerl. R. Bd. 18 Heft 1), Berlin 1900, S. 77.

[9]) Endemann a. a. O. § 93 Anm. 6 S. 599.

B vermietetet und übergibt es dem C; B bleibt also mittelbarer Besitzer; hierauf zediert B seine Rechte aus dem Kaufe und seinen mittelbaren Besitz an D; hier „leitet" C seinen Besitz von B „ab"; aber nicht B sondern D ist jetzt dem Eigentümer A gegenüber besitzberechtigt; trotzdem hätte C gegen die Vindikation des A die Einrede aus § 986. Der Gesetzgeber will demnach bloß sagen, daß der beklagte Besitzer Besitzmittler desjenigen Dritten sein müsse, der dem klagenden Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist.[10])

Wolff geht aber noch weiter. Er nimmt an, der Zwischenmann brauche nicht mittelbarer Besitzer zu sein,[11]) ja er erachtet es nicht einmal für nötig, daß der Zwischenmann je (mittelbarer oder unmittelbarer) Besitzer der vindizierten Sache war.[12]) Wolff geht damit entschieden zu weit. Das Gesetz verlangt, daß der Zwischenmann mittelbarer Besitzer sei. Daran ist auch festzuhalten. Man käme sonst dazu, jedem Sondernachfolger des Besitzers im Besitze die Einrede aus dem Besitzrechte seines Vorgängers gegenüber dem Eigentümer zu gewähren. Das Gesetz will aber diese Einrede allein auf die Fälle der Besitzvermittlung beschränken. Der Besitzer kann sich nicht auf das Besitzrecht jedes beliebigen Dritten berufen. Hat also B das von A gekaufte und ohne Auflassung ihm übergebene Grundstück dem C weiter verkauft und übergeben, so hat C gegen die rei vindicatio des A die Einrede aus

---

[10]) vgl. Planck a. a. O. zu § 986, 1 b α S. 305; Rappaport a. a. O. S. 205; vgl. auch Crome, Bürgerl. R. a. a. O. § 385 Anm. 6 S. 234 f.

[11]) Ebenso Rappaport a. a. O. S. 205; vgl. dagegen Windscheid-Kipp a. a. O. S. 894; Planck a. a. O. zu § 986, 1 b α S. 305; Stammler a. a. O. S. 78.

[12]) Dagegen selbst Rappaport a. a. O. S. 205 mit der Begründung, daß derjenige, der selbst nicht besessen habe, eine Rechtsbeziehung zur Sache auch nicht vermitteln könne.

§ 986 nicht, weil ihn kein besitzvermittelndes Rechtsverhältnis mit B verbindet.[13]) Wohl aber stünde dem C die Einrede zur Seite, wenn er das Grundstück von B gepachtet hätte.

Der beklagte Besitzer hat die Einrede aus § 986 also nicht nur, wenn er selbst, sondern auch, wenn sein mittelbarer Besitzer dem klagenden Eigentümer gegenüber besitzberechtigt ist.

§ 10.

Der zum Selbstbesitz, aber nicht zur Besitzüberlassung berechtigte Dritte.

Ist der Zwischenmann dem Eigentümer gegenüber zwar zum Besitze berechtigt, aber nicht zur Besitzüberlassung an den Beklagten befugt (vgl. §§ 549, 603, 691, 1215), so kann der Eigentümer von dem Beklagten die Herausgabe der Sache verlangen (§ 986 Abs. 1 Satz 2). Der beklagte Besitzer hat dann kein Besitzbehaltungsrecht. Der Eigentümer kann trotz des Besitzrechts des Zwischenmanns vom Beklagten die Herausgabe verlangen, weil gerade der für den mittelbaren Besitzer begründete Einwand darin seinen Inhalt hat, daß das Behalten auf des letzteren Person beschränkt sei.[1]) Die Regel, daß der Besitzvermittler sich gegenüber der rei vindicatio des Eigentümers auf das Besitzrecht seines Oberbesitzers einredeweise berufen kann, gilt also nur dann, wenn der Oberbesitzer zur Besitzüberlassung befugt ist. Macht der beklagte Besitzer das Besitzrecht seines Oberbesitzers gegen den Kläger geltend, so hat dieser dagegen die Replik, daß der Oberbesitzer gar nicht die Befugnis hatte, den Besitz an den Besitzer zu überlassen.[2]) Es hat z. B. der erste Mieter ohne Erlaubnis

[13]) vgl. oben § 8 a. E.

[1]) Stammler a. a. O. S. 39.

[2]) Cosack a. a. O. § 212, 1 d S. 165; Eck-Leonhard a. a. O. S. 169 f.

die Sache weiter vermietet, oder der Pfandgläubiger hat das Pfand verliehen.

Ist der Zwischenmann, also der Oberbesitzer, auf dessen Recht zum Besitze gegenüber dem Eigentümer der Besitzer sich berufen hat, zur Besitzüberlassung nicht befugt, so kann der Eigentümer die Herausgabe der Sache aber grundsätzlich nicht an sich, sondern an den Zwischenmann verlangen.[3]) Herausgabe an sich selbst kann der Eigentümer nur verlangen, wenn der Zwischenmann den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will (vgl. § 869). Kuhlenbeck a. a. O. S. 559 f. meint dazu, es bedeute dies eine weitere Abschwächung des römisch-rechtlichen Grundsatzes: Ubi rem meam invenio, ibi vindico. Die Abschwächung aber habe nur prozessual verzögerliche Wirkung und stelle sich gewissermaßen als eine Irradiation (Ausstrahlung) des in der laudatio auctoris gegebenen prozessualen Grundsatzes auf das materielle Recht dar. Es wird durch diese Bestimmung im Eigentumsprozesse das Besitzrecht eines am Prozesse nicht als Partei beteiligten mittelbaren Besitzers berücksichtigt. Der Zwischenmann soll den früher innegehabten Besitz, auf den er dem Eigentümer gegenüber auch ein Recht hat, wiedererhalten, trotzdem er den Besitz unbefugterweise einem anderen überlassen hat. Beachtet der Eigentümer das Besitzrecht des Zwischenmannes nicht und verlangt Herausgabe an sich selbst, so fordert er zu viel.

Der Grundgedanke der in § 986 Abs. 1 Satz 2 enthaltenen Gesetzesbestimmung ist vor allem, wie Wolff mit Recht hervorhebt, Schutz des Besitzrechts eines Dritten, des mittelbaren Besitzers, wie wir dies ähnlich schon in § 869 S. 2 finden.[4]) Durch jene Bestimmung wird aber nicht allein den Rechten des mittelbaren Besitzers Rechnung getragen, sie be-

[3]) Wolff a. a. O. S. 20 f.

[4]) Ebenso Endemann a. a. O. § 93 Anm. 8 S. 600.

steht auch zugunsten des Eigentümers.[5]) Dem Eigentümer ist damit der Anspruch auf Herausgabe der Sache an den Besitzmittler gegeben. Wenn er auch nicht ohne weiteres Herausgabe an sich selbst verlangen kann, so kann er doch Herausgabe an den mittelbaren Besitzer verlangen, und diese geschieht doch mittelbar an ihn selbst.

Schon die Kommissionsprotokolle Bd. 3 S. 335 bemerken, daß dem Eigentümer allein mit der Rückübertragung des Besitzes an den mittelbaren Besitzer gedient sei. Der Eigentümer erlangt damit die Herstellung des seinem Recht entsprechenden Besitzstandes. Es läßt sich damit der Umweg vermeiden, daß der Besitzmittler die vindizierte Sache an den Eigentümer, und dieser sie wieder an den mittelbaren Besitzer herausgibt.[6]) Mit Unrecht meint Buhl,[7]) die Vorschrift des § 986 Abs. 1 Satz 2 könne „leicht den Eigentümer unnötig gefährden und zu Weiterungen führen". Auch Leonhard[8]) erscheint die Notwendigkeit der Vorschrift zweifelhaft. Er nennt sie „eine überaus zartfühlende Rücksichtnahme auf den mittelbaren Besitzer, der sein Versprechen gebrochen hat und dafür nicht allzu streng bestraft werden soll". Trotz alledem kann die Zweckmäßigkeit dieser Vorschrift nicht ernstlich bestritten werden.

Den Beweis dafür, daß der Zwischenmann zur Überlassung des Besitzes an den Beklagten nicht befugt war, hat der Eigentümer zu führen.[9]) Ebenso muß der Eigentümer, wenn er Herausgabe der Sache an sich selbst verlangt, beweisen, daß der Zwischenmann den Besitz der Sache nicht

---

[5]) Rappaport a. a. O. S. 208.

[6]) Kober a. a. O. zu § 986, 3 S. 248; Endemann a. a. O. § 93 Anm. 8 S. 600.

[7]) Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB., Berlin 1901, S. 79.

[8]) Eck-Leonhard a. a. O. S. 170 Anm. 1.

[9]) A. A. nur Endemann a. a. O. § 93 Anm. 7 S. 600.

wieder übernehmen kann, d. h. dauernd daran verhindert ist, oder will, d. h. diesen Willen ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hat.[10]) Der Eigentümer kann von Anfang an auf Herausgabe an den Zwischenmann klagen oder erst nachträglich seinen Klageantrag dahin ändern.

Das Recht des Zwischenmanns muß vom Eigentümer auch dann berücksichtigt werden, wenn der Besitzmittler den Besitz der Sache nicht durch Übergabe seitens des Zwischenmannes erlangt hat, sondern auf irgend eine andere Weise oder auch durch Gewalt. Es ist also nicht erforderlich, daß der Zwischenmann dem Beklagten den Besitz „überlassen" hat.[11]) Der Besitzmittler braucht nicht Besitznachfolger des Zwischenmanns zu sein. Hat z. B. der Mieter die Sache vertragswidrig weitervermietet, so kann der Eigentümer, auch wenn der Untermieter den Besitz der Sache von einem Dritten oder durch Gewalt erlangt hat, nur Herausgabe an den ersten Mieter verlangen.[12])

Auch für die Bestimmung des § 986 Abs. 1 Satz 2 ist zu beachten, daß der Zwischenmann mittelbarer Besitzer der Sache sein muß. Denn es soll damit nicht jeder dem Eigentümer gegenüber Besitzberechtigte geschützt werden, sondern nur der mittelbare Besitzer, der selbst dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt, diesen Besitz einem anderen zu überlassen aber nicht befugt ist.[13])

---

[10]) Planck a. a. O. zu § 986, 1 b β S. 306 und zu § 869, 1 b S. 67; vgl. auch Crome, Bürgerl. R. a. a. O. § 385 Anm. 11 S. 235.

[11]) vgl. dagegen Planck a. a. O. zu § 986, 1 b β S. 305; Kober a. a. O. zu § 986, 3 S. 248.

[12]) Wolff a. a. O. S. 21; a. A. Rappaport a. a. O. S. 208 a. E. und 209.

[13]) Ebenso Planck a. a. O. zu § 986, 1 b β S. 306; Rappaport a. a. O. S. 209 f.; a. A. Wolff a. a. O. S. 21 f.

Besonders ist, wie Wolff[14]) richtig erkennt, für die Berücksichtigung des Besitzrechts des Zwischenmanns gegen den Kläger erforderlich, daß der Zwischenmann, bevor der Beklagte Besitzer wurde, unmittelbarer Sachbesitzer war. Das kommt schon in den Gesetzesworten: „wenn dieser den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will" zum Ausdrucke. Das Besitzrecht des Zwischenmanns kann nur geschützt werden, wenn dieser vor dem Beklagten den unmittelbaren Besitz gehabt hat. Ist also der Zwischenmann nie unmittelbarer Besitzer der Sache gewesen, so wird sein Recht zum Besitze nicht berücksichtigt. Der Eigentümer kann Herausgabe an sich selbst verlangen. Der Zwischenmann, der nie unmittelbarer Besitzer war, hat auch keinen Anspruch auf Schutz seines Besitzrechts. Der Kläger soll, wenn der Zwischenmann zur Überlassung des Besitzes nicht befugt war, Herstellung des Besitzstandes verlangen können, der bestand, bevor der Beklagte den Besitz erlangte. Hatte also der Zwischenmann den Besitz der jetzt vom Beklagten vindizierten Sache noch nicht erlangt, so begehrt der Kläger nicht zuviel, wenn er Herausgabe der vindizierten Sache an sich selbst fordert. Ob das Besitzrecht des Zwischenmanns obligatorischer oder dinglicher Natur ist, ändert daran nichts. Hat z. B. der Mieter, bevor er den Besitz der gemieteten Sache erlangte, diese unerlaubt weiter vermietet, und der Untermieter hat den Besitz der Sache unmittelbar erworben, so kann der Eigentümer der Sache vom Untermieter Herausgabe an sich selbst verlangen. Oder der Grundstückseigentümer A hat dem B durch Einigung und Eintragung einen Nießbrauch an seinen Grundstücke bestellt, ihm aber noch nicht den Besitz des Grundstücks verschafft. Trotz der Verabredung mit A, daß B das Grundstück nicht weiter vermieten solle, hat B vor der Besitzerlangung das

---

[14]) Wolff a. a. O. S. 22f.; ebenso Rappaport S. 209.

Grundstück an C vermietet, und C hat den Besitz des Grundstücks unmittelbar erlangt. Hier kann A auf Herausgabe des Grundstücks an sich selbst klagen. Er braucht das dingliche Besitzrecht des Nießbrauchers B nicht zu beachten.

§ 11.

Die Einrede gegen den neuen Eigentümer (§ 986 Abs. 2).

Das Gesetz gewährt dem Sachbesitzer aber auch Rechtsschutz gegen die Eigentumsnachfolger. Der Besitzer soll in seinem Rechte zum Besitze von den künftigen Eigentumsschicksalen der Sache unberührt bleiben.[1]) Das Gesetz bestimmt daher im § 986 Abs. 2: „Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen." Durch diese Bestimmung wird dem Besitzer ein besonderer Schutz gegen die leichte Form der Eigentumsübertragung nach § 931 an beweglichen Sachen gegeben. Das Recht zum Besitze behält seine Wirkung auch gegenüber den Eigentumsnachfolgern. Diese Vorschrift gilt aber nur für das Fahrnisrecht.

Der Veräußerer der Sache kann sowohl Eigentümer als auch Nichteigentümer der veräußerten Sache sein. Der veräußernde Eigentümer kann mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer der Sache sein. Ist der Veräußerer Nichteigentümer, so ist wegen § 934 erforderlich, daß er mittelbarer Besitzer der veräußerten Sache ist. Denn der fernere Fall, daß der Nichteigentümer, der nicht mittelbarer Besitzer der Sache ist, die Sache durch Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs an den gutgläubigen Erwerber veräußert, kommt für § 986 Abs. 2

[1]) Kohler a. a. O. S. 90 und 94.

nicht in Frage, da in diesem Falle der Erwerber erst dann Eigentümer werden würde, wenn er den Besitz der Sache erlangt hätte (§ 934).[2])

Der beklagte Besitzer einer nach § 931 durch Abtretung des Herausgabeanspruchs veräußerten Sache kann dem Erwerber alle ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehenden Einwendungen entgegensetzen. Insbesondere kann er also dem neuen Eigentümer die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem unmittelbaren oder mittelbaren Rechtsvorgänger des jetzt klagenden Eigentümers gegenüber zum Besitze berechtigt ist. So kann z. B. der Mieter oder Entleiher einer Mobilie dem vindizierenden Eigentümer sein Besitzrecht aus dem Miet- oder Leihvertrage mit einem von dessen Rechtsvorgängern entgegenhalten. War der mittelbare Besitzer jedoch dem früheren Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den beklagten Besitzer nicht befugt, so kann von ihm der neue Eigentümer natürlich die Herausgabe der Sache nach Maßgabe des § 986 Abs. 1 Satz 2 verlangen.[3])

Der § 986 Abs. 2 gestattet dem Besitzer der Sache, dem neuen Eigentümer, d. h. dem — von dem abgetretenen Anspruche des bisherigen Eigentümers an sich unabhängigen — Eigentumsanspruche des neuen Eigentümers, die Einwendungen entgegenzusetzen, die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Ist das Recht zum Besitze dinglicher Natur, so ist der Besitzer der Sache schon durch § 986 Abs. 1 geschützt (vgl. § 936 Abs. 3). § 986 Abs. 2 ist sonach nur für das Recht zum Besitze, das sich auf ein persönliches Rechtsverhältnis stützt, von Bedeutung.

---

[2]) Planck a. a. O. zu § 986, 2a S. 306.

[3]) Gierke a. a. O. S. 42f.; ebenso Kober a. a. O. zu § 986, 4a S. 249.

Das Verteidigungsmittel des § 986 Abs. 2 steht sowohl dem mittelbaren als dem unmittelbaren Besitzer der Sache zu. Es setzt stets gegenwärtigen Besitz voraus. Sobald der Besitzer die Sache dem Vindikationszessionar übergeben hat, auch wenn dies irrtümlich geschehen sein sollte, oder der Besitzer durch Geschehenlassen der unmittelbaren Besitzergreifung zur Eigentumsübertragung durch körperliche Übergabe mitwirkt, verliert er das Verteidigungsmittel.[4]) Er kann sich gegenüber dem neuen Eigentümer nicht mehr auf sein Recht zum Besitze berufen.

Das Verteidigungsmittel des § 986 Abs. 2 bezweckt Schutz des Sachbesitzers gegen die zukünftigen Erwerber des Eigentums an der von ihm besessenen Sache.[5]) Da sich der Eigentumserwerb durch Vindikationszession unabhängig von der Zustimmung des Besitzers vollzieht, soll dessen Lage nicht verschlechtert werden. Es handelt sich hierbei um ein den §§ 571 ff. bei Immobilien durchaus entsprechendes Schutzmittel. Während aber § 571 auf den Schutz des Mieters beschränkt ist, kommt § 986 Abs. 2 allen möglichen Besitzern zugute. Ist bei der Übertragung des Eigentums an einer Mobilie die nach § 929 erforderliche Übergabe durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe nach § 931 ersetzt worden, so hat gegen den Eigentumsanspruch des Zessionars der beklagte Besitzer dieselben Einwendungen, die er dem Zedenten entgegensetzen konnte. Obgleich der Erwerber der Sache mit der Zession des Herausgabeanspruchs nicht bloß diesen, sondern das Eigentum an der Sache überhaupt erlangt

---

[4]) Planck a. a. O. zu § 986, 2b S. 306; Endemann a. a. O. § 93 Anm. 10 unter c S. 601; Crome, Bürgerl. R. a. a. O. § 385 unter 2c S. 237; Kretzschmar a. a. O. zu § 986, 3 S. 267.

[5]) vgl. zur folgenden Darstellung dieses Paragraphen: Crome, Die juristische Natur der Miete nach dem deutschen BGB. (Iherings Jahrb. Bd. 37 Heft 1, Jena 1896) S. 66 ff.; Gierke a. a. O. S. 43 ff.

hat, ist er doch an die persönlichen Beziehungen des Besitzers zum Zedenten gebunden. Durch diese Rechtsgestaltung wird einerseits die Veräußerung von Mobilien, an denen der Eigentümer den Besitz nicht hat, gegenüber der allgemeinen Traditionsvorschrift als modus adquirendi ermöglicht und insbesondere von dem Erfordernis der Zustimmung des Besitzers befreit, die in den meisten Fällen die Veräußerung illusorisch machen könnte. Andrerseits wird gegenüber dieser erleichterten Eigentumsübertragung das billige Interesse des Besitzers dadurch gewahrt, daß seine Rechtsstellung auf Grund solcher Veräußerungen nicht verschlechtert werden kann. Darnach darf jeder Besitzer, der dem Eigentümer gegenüber aus irgend einem (dinglichen oder obligatorischen) Rechtsverhältnisse zum Besitze berechtigt ist, hieraus nicht nur der Eigentumsklage des aus dem Rechtsverhältnisse verpflichteten Eigentümers eine Einrede entgegensetzen, sondern auch der rei vindicatio des neuen Eigentümers, der die Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruchs erworben hat, obschon er persönlich gar nicht verpflichtet ist. Diese Nachwirkung eines obligatorischen Rechtsverhältnisses, das eigentlich nur den alten Eigentümer bindet und der Herausgabe der Sache an diesen entgegensteht, hat man vielfach als dingliche Wirkung dieser Rechtsverhältnisse bezeichnet. Mit Recht weist Gierke (a. a. O. S. 45 III) aber darauf hin, daß durch § 986 Abs. 2 das mit Besitz verbundene persönliche Recht nicht in ein dingliches verwandelt wird, sondern ihm der Besitz nur in bestimmter Richtung dingliche Wirksamkeit verleiht. Das Gesetz hat diese dingliche Wirkung besonders für die Miete in Anspruch genommen. Bei der Vorschrift des § 986 Abs. 2 handelt es sich jedoch nicht um einen Satz, der für die Miete allein, sondern für Besitzer von Mobilien schlechthin gilt, wenn solche nach § 931 weiter veräußert worden sind. Die Besitzer sollen dem neuen Eigentümer gegenüber nicht schlechter gestellt sein,

als gegenüber dem bisherigen Eigentümer, nicht weil die Rechtsverhältnisse, aus denen sie besitzen, besonderen Schutz verdienen, sondern wegen des Besitzes, den sie haben, während sowohl der alte als der neue Eigentümer des Besitzes ermangelt, weil m. a. W. der Besitz im Mobiliarsachenrecht eine wichtigere Rolle spielt als die dinglichen Rechte, sofern sie nicht mit dem Besitze der Sache verbunden sind.[6] Der Besitz macht also den obligatorischen Anspruch gewissermaßen zu einer actio in rem scripta.[7]

Die dingliche Wirksamkeit, die § 986 Abs. 2 den obligatorischen Rechtsverhältnissen in gewisser Hinsicht verleiht, ist nur eine beschränkte. Sie erstreckt sich nicht gegen jeden Dritten, sondern nur, wie das Gesetz sagt, gegen „den neuen Eigentümer". Crome[8] ist der Ansicht, das Verteidigungsmittel des § 986 Abs. 2 sei nur gegen die „Singularsukzessoren des Gegners im Eigentume" gegeben.[9] Gierke (a. a. O. S. 43 a. E.) dagegen sagt, das Verteidigungsmittel des § 986 Abs. 2 sei immer nur gegen den „Rechtsnachfolger dessen, der die Sache veräußert hat", gegeben.[10] Zur Gierkeschen Formulierung bemerkt Wolff richtig, es sei nicht deutlich, ob unter „Rechtsnachfolger" der Besitz- oder der Eigentumsnachfolger zu verstehen sei. Jenes wäre nicht zutreffend, da die Abtretung des Herausgabeanspruchs nicht

---

[6]) Ebenso Endemann a. a. O. § 93 Anm. 10 S. 600.

[7]) Kohler a. a. O. S. 94; ebenso Crome, Bürgerl. R. a. a. O. § 385 Anm. 15 S. 235.

[8]) Juristische Natur der Miete a. a. O. S. 69.

[9]) vgl. aber Crome, Bürgerl. R. § 385 Anm. 16 S. 235 f. Crome verwahrt sich hier gegen Wolffs Meinung, daß er die Einwendungen dem Besitzer nur aus dem Rechtsverhältnisse zum wahren Eigentümer und nicht auch zum veräußernden Nichteigentümer habe geben wollen. Denn der Fall des Erwerbs von einem Nichtberechtigten habe damals für ihn nicht in Frage gestanden.

[10]) vgl. zum folgenden Wolff a. a. O. S. 10 f.

stets eine Besitznachfolge begründe, z. B. nicht, wenn der Zedent des mittelbaren Besitzes entbehrte. Aber auch dieses könne Gierke nicht gemeint haben, wie das von ihm angeführte Beispiel, Eigentumserwerb auf Grund guten Glaubens durch Verfügung eines Nichteigentümers (§ 934) zeige. Dieses Beispiel zeigt zugleich den Unterschied der Cromeschen und der Gierkeschen Ansicht. Gierke meint, der Besitzer der Sache könne dem Erwerber nur ein vom Veräußerer eingeräumtes obligatorisches Besitzrecht entgegenhalten, dagegen nicht ein vom früheren Eigentümer eingeräumtes.[11]) Nach Cromes Ansicht[12]) aber könnte der unmittelbare Besitzer dem Erwerber nicht nur ein vom Veräußerer, sondern auch ein vom früheren Eigentümer eingeräumtes und diesem gegenüber bestehendes obligatorisches Besitzrecht entgegenhalten, je nachdem der Veräußerer Nichteigentümer oder Eigentümer der veräußerten Sache ist. Nach dem Gesetze scheint es, wie schon Wolff hervorhebt, geboten, dem Besitzer gleichzeitig sowohl Einreden aus dem Besitzrechte gegen den Veräußerer als auch aus dem Besitzrechte gegen den früheren Eigentümer zu gewähren.[13]) Denn das Gesetz gewährleistet „die" d. h. alle Einwendungen, die dem Besitzer der Sache „gegen den abgetretenen Anspruch" zustehen.

Der nach § 931 abzutretende Anspruch auf Herausgabe der Sache ist zunächst immer der dingliche Anspruch aus dem Eigentume, d. h. die rei vindicatio (§ 985). Ist der Veräußerer zugleich mittelbarer Besitzer der Sache (§§ 868, 871), so erstreckt sich die Abtretung auch auf den persönlichen Herausgabeanspruch aus dem den mittelbaren Besitz begründenden

---

[11]) Ebenso Planck a. a. O. zu § 986, 2b S. 306; Kober a. a. O. zu § 986, 4c S. 249; Meisner a. a. O. zu § 986 unter 4 a. E. S. 138.

[12]) vgl. Crome, Bürgerl. R., a. a. O. § 385 Anm. 16 S. 235 f.

[13]) Ebenso Rappaport a. a. O. S. 200.

Rechtsverhältnisse, d. h. den obligatorischen Rückgabeanspruch, z. B. aus Miete, Pacht, Leihe. Durch die Abtretung dieses Rückgabeanspruchs wird dem neuen Eigentümer der mittelbare Besitz übertragen (§ 870). Ist der Veräußerer Nichteigentümer, so ist der abgetretene Anspruch vor allem der obligatorische, denn der Fall, daß der veräußernde Nichteigentümer den mittelbaren Besitz nicht hat, kommt, wie schon erwähnt, für uns nicht in Frage, da hier das Eigentum auf den Erwerber erst mit der gutgläubigen Erlangung des Besitzes der Sache von dem Dritten übergeht (§ 934). Der Nichteigentümer, der fremdes Eigentum durch Abtretung „des Herausgabeanspruchs" überträgt, tritt aber in Wahrheit zwei Ansprüche ab: einmal den dinglichen Herausgabeanspruch des wahren Eigentümers,[14]) und ferner den eigenen obligatorischen Herausgabeanspruch, den er auf Grund des seinen mittelbaren Besitz begründenden Rechtsverhältnisses hat (z. B. aus Miete, Pacht usw.). Der Erwerber ist in solchem Falle Rechtsnachfolger sowohl des früheren wahren Eigentümers als auch des Veräußerers. Er muß also auch alle gegen einen dieser beiden bestehenden Einwendungen gewärtigen. Der beklagte Besitzer hat gegen den neuen Eigentümer also die Besitzrechtseinrede nicht nur aus einem Rechte zum Besitze gegenüber dem früheren Eigentümer, sondern auch aus einem solchen gegenüber dem Veräußerer. Einen Unterschied zwischen den beiden verschieden wirkenden Besitzrechten zu machen, ist freilich praktisch von Bedeutung nur, wenn der Veräußerer Nichteigentümer der Sache ist. Z. B. A besitzt die Sache seines Freundes X und verleiht sie an B. B mietet darauf die Sache von X selbst. A aber veräußert die Sache

---

[14]) Dieser Anspruch wird bei der Abtretung gemäß § 931 immer, der obligatorische nur, wenn der Zedent mittelbarer Besitzer ist, abgetreten.

an den gutgläubigen C weiter und überträgt ihm durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen B gemäß § 934 daran Eigentum. Strengt nun C gegen B die rei vindicatio an, so kann B gegen ihn einredeweise sein Besitzrecht aus dem Leihvertrage mit A oder aus dem Mietvertrage mit X geltend machen. B wird das eine oder das andere tun, je nachdem die Dauer der Verträge ihm günstig ist.[15]) Immer aber werden, wie Planck[16]) sehr richtig bemerkt, für die Befugnis des Besitzers, dem neuen Eigentümer die Einwendungen, die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen, entgegenzusetzen, nur die Einwendungen aus dem Rechtsverhältnisse, das dem mittelbaren Besitze zugrunde liegt, in Betracht kommen.

Die Vorschrift des § 986 Abs. 2 stellt einen Besitzschutz in petitorio auf, wie er der erhöhten Bedeutung des Besitzes im Mobiliarsachenrecht entspricht. Der Besitzer der Sache soll dagegen geschützt sein, daß durch bloße Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 seine Stellung verschlechtert und ihm dadurch wider seinen Willen der Besitz entzogen werden kann. Der Besitzer soll die Herausgabe der Sache verweigern dürfen, weil er als Besitzer der Sache dem Rechtsvorgänger des klagenden Eigentümers, sei dieser nun selbst Eigentümer oder auch bloß veräußernder Nichteigentümer, auf Grund seines Rechts zum Besitze nicht zur Herausgabe verpflichtet wäre. Der neue Eigentümer muß also die vertragsmäßige Bindung seines Rechtsvorgängers insoweit gegen sich gelten lassen, als sie dem Besitzer ein Recht zum Besitze gibt. Dadurch wird zwar unter Umständen ein persönliches Rechtsverhältnis in den Vindikationsprozeß hineingetragen. Es ist daran aber kein Anstoß zu nehmen, da ein gleiches sogar im possessorischen Rechtsstreite möglich ist (vgl. §§ 855, 863).

---

[15]) vgl. Rappaport a. a. O. S. 199 f.

[16]) Planck a. a. O. zu § 986, 2b S. 306.

Dieses Hineinspielen persönlicher Rechtsverhältnisse erklärt sich vielmehr auch sachenrechtlich sehr wohl. Durch die Besitzentäußerung hat der Eigentümer die Hauptstütze seines dinglichen Rechts — die absolute Wirksamkeit gegen Dritte — eingebüßt (vgl. §§ 932 ff.). Er kann jetzt nicht mehr ein völlig schrankenloses Eigentum auf Dritte übertragen. Denn dazu ist vor allem der Besitz und dessen Übergabe (traditio) erforderlich (§ 929). Wo diese fehlen bezw. der Besitz nicht übergeben werden kann, da ist es mit der Absolutheit des Eigentums an Mobilien nach dem BGB. vorbei. Auch der Erwerber, der nicht den Besitz tradiert erhält, weiß damit, woran er ist, und daß ihm der Veräußerer jedenfalls ein unbeschränktes Recht nicht übertragen kann. Läßt er sich unter diesen Umständen gleichwohl nach § 931 auf den Erwerb ein, so willigt er damit in die Übertragung des hinsichtlich der Besitzberechtigung beschränkten (relativen) Rechts. Es muß hier der Grundsatz gelten: nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet. Der Erwerber muß das Eigentum mit dem persönlichen Rechte belastet übernehmen.

§ 986 Abs. 2 schließt sich in engster Weise an die in §§ 571 ff. für Immobilien hinsichtlich der Miete gegebenen Bestimmungen an, allein er ist nicht auf das Mietverhältnis beschränkt, sondern begreift die verschiedensten obligatorischen Rechtsverhältnisse unter sich. Das Prinzip beider Vorschriften ist dasselbe: der Erwerber der Sache tritt in das Rechtsverhältnis ein, auf Grund dessen der Besitzer dem bisherigen Eigentümer bezw. dem Veräußerer gegenüber zum Besitze berechtigt war, z. B. in die Miete, Leihe usw. Wer den unmittelbaren Besitz an einer Mobilie infolge eines obligatorischen Rechtsverhältnisses, wie Miete, Leihe usw. aufgibt, hat damit kraft Gesetzes nicht bloß für seine Person, sondern zugleich auch für alle seine künftigen Rechtsnachfolger im Eigentume der Sache kontrahiert. Der Eintritt des Erwerbers

in das Rechtsverhältnis seines Rechtsvorgängers im Eigentume bezw. des Veräußerers wickelt sich hierbei viel leichter ab als nach §§ 571 ff., weil der Erwerber nicht zugleich in die „aktive und passive Seite eines doppelseitigen Rechtsverhältnisses" (wie es die Miete ist) eintritt, sondern nur in die Pflichten seines Rechtsvorgängers, soweit sie sich auf das Behalten der Sache beziehen. Der Erwerber wird daher, ein Mietverhältnis angenommen, dem Besitzer gegenüber auch nicht als Vermieter berechtigt, insbesondere hat er keinen Anspruch auf den Mietzins. Er ist nur verpflichtet, die Sache dem Besitzer, in unserem Falle dem Mieter, so lange zu lassen, als dies der Vermieter müßte. Auch die sonstigen Pflichten des Vermieters (vgl. z. B. § 538) gehen nicht auf den Erwerber über. Alle diese Rechte und Pflichten bleiben vielmehr bei der Person des ursprünglichen Vermieters unverändert bestehen. Dieser haftet nicht bloß wie in § 571 als selbstschuldnerischer Bürge (§ 773) für die gehörige Erfüllung durch den Erwerber. Crome (a. a. O. S. 74) hebt hierbei besonders hervor, daß gerade dieser Umstand, daß der besitzberechtigte Sachbesitzer seine Rechte gegen den ursprünglichen Vertragsgegner behält, gegen die Dinglichkeit des obligatorischen Besitzrechts zeuge. Denn wer ein dingliches Recht an der von ihm besessenen Sache habe, der finde in der Sache selbst seine Befriedigung, an einer Weiterhaftung des Bestellers des Rechts habe er kein Interesse, es genüge ihm, wenn er die Sache dem neuen Eigentümer gegenüber behalten kann.

Auf die aus dem Besitzrechte des Sachbesitzers entspringenden Einreden gegen den neuen Eigentümer kommen die Vorschriften über die Abtretung einer Forderung entsprechend zur Anwendung.[17]) Der beklagte Besitzer kann daher

---

[17]) vgl. Planck a. a. O. zu § 986, 2b S. 306; Endemann

dem vindizierenden neuen Eigentümer eine Einrede nicht nur dann entgegensetzen, wenn sie zur Zeit der Abtretung des Herausgabeanspruchs begründet war (§ 404), sondern auch dann, wenn sie erst durch ein nachher zwischen ihm und dem früheren Eigentümer bezw. Veräußerer vorgenommenes Rechtsgeschäft, z. B. eine Verlängerung des Mietvertrages, begründet wird, es sei denn, daß der beklagte Besitzer die Abtretung bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt (§ 407 Abs. 1). Solange der Besitzer der Sache von der Abtretung keine Kenntnis hat, kann er trotz des durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs erfolgten Eigentumserwerbs des neuen Eigentümers den Miet- oder Leihvertrag durch Vereinbarung mit seinem Vertragsgegner verlängern und sein dadurch fernerhin gesichertes Besitzrecht einredeweise dem vindizierenden neuen Eigentümer entgegenhalten.

Nach dem Wortlaute des Gesetzes ist das Verteidigungsmittel des § 986 Abs. 2 auf den Fall der Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 931) beschränkt.[18]) Damit der Erwerber der Sache das seinen Vorgänger bindende Schuldverhältnis gegen sich gelten lassen muß, ist also traditio per cessionem gemäß § 931 erforderlich. Auch Endemann[19]) vertritt die Ansicht, daß das Anwendungsgebiet des im § 986 Abs. 2 enthaltenen Verteidigungsmittels auf den Fall des § 931 begrenzt werde, weil der beklagte Besitzer den Besitz der Fahrnis innehaben müsse, während doch in den Fällen der Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 2 (traditio brevi manu) und § 930 (constitutum possessorium) der Veräußerer im unmittelbaren

a. a. O. § 93 Anm. 10 S. 600; Meisner a. a. O. zu § 986, 4 S. 138; Maenner a. a. O. § 27 Anm. 28 S. 227; Kretzschmar a. a. O. zu § 986, 3 S. 267.

[18]) vgl. Kretzschmar a. a. O. zu § 986 S. 267.

[19]) a. a. O. § 93 a. E. S. 601.

Besitze der Fahrnis sei. Endemann geht hier irrtümlich davon aus, daß unter „Besitz" in §§ 929 Satz 2 und 930 nur der unmittelbare zu verstehen ist.[20])

Kohler[21]) ist dagegen der Meinung, das Prinzip des § 986 Abs. 2 finde nicht nur auf diesen einen Fall Anwendung, sondern auch auf alle anderen Fälle des Eigentumsübergangs, wo der obligatorisch Berechtigte im Besitze der Sache sei, so z. B. auf den Fall der brevi manu traditio.[22]) Jemand mietet ein Pferd für sich auf ein halbes Jahr und läßt es sodann sich als Beauftragten und Bevollmächtigten seines Freundes durch Übergabe kurzerhand übereignen. Wolff gibt in diesem Falle ohne weiteres dem Mieter, wenn von diesem der Freund das Pferd vindiziert, eine Einrede aus seinem Mietvertrage gegen die rei vindicatio.

Aber schon Kohler führt hierzu aus, es komme sehr in Betracht, ob in dem Erwerbe für den Auftraggeber nicht ein Verzicht auf das obligatorische Recht enthalten sei; die Fortdauer des obligatorischen Rechts könnte dem Auftrage widersprechen. Im Zweifel wäre dies sogar immer der Fall, da anzunehmen ist, daß der Beauftragte ein dem Auftrag entsprechendes Verhältnis herbeiführen will. Nur wenn dieses nicht der Fall wäre, hätte der Mieter das Recht, auch dem Erwerber gegenüber den Mietbesitz zu wahren. Auch weist Planck[23]) sehr richtig darauf hin, daß der Eigentumserwerb durch brevi manu traditio voraussetzen würde, daß der Erwerber zur Zeit der Einigung bereits im (wenigstens mittelbaren)[24]) Besitze der Sache wäre (vgl. § 929 Satz 2), daß

---

[20]) Es genügt jedoch für diese Fälle mittelbarer Besitz; vgl. Biermann a. a. O. zu § 929, 4 S. 137 und zu § 930, 1 S. 137.

[21]) a. a. O. S. 94 f.

[22]) Ebenso Wolff a. a. O. S. 11; Rappaport a. a. O. S. 200.

[23]) a. a. O. zu § 986, 2c S. 306 f.

[24]) vgl. Anm. 20.

also der im Besitze der Sache befindliche Dritte bereits ein dem Erwerber gegenüber unmittelbar wirkendes Recht zum Besitze hätte.[25]) Die den mittelbaren Besitz des Erwerbers begründende Vereinbarung zwischen diesem und dem Dritten könnte entweder dahin gehen, daß der Erwerber vom Zeitpunkte des Eigentumserwerbs an in das Rechtsverhältnis eintreten sollte, auf dem der bisherige mittelbare Besitz des Veräußerers beruhte, oder sie könnte ein von diesem Rechtsverhältnis unabhängiges Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Dritten begründen. Im ersten Falle wäre die Zulässigkeit einer Einrede aus dem zwischen dem Veräußerer und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisse gegenüber dem Erwerber eine Folge seines Eintritts in jenes Rechtsverhältnis; im zweiten Falle würde sich die Zulassung jener Einrede, d. h. der Einrede aus dem zwischen dem Veräußerer und dem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisse, gegenüber dem Erwerber nicht rechtfertigen.

Der Erwerber der Sache hat also, außer bei Vorliegen der Rechtsnachfolge nach § 931, eine Einrede des Besitzers der Sache aus obligatorischen Besitzrechten gegenüber seinen Rechtsvorgängern nur zu gewärtigen, wenn der Erwerber in das bisherige das Besitzrecht begründende Rechtsverhältnis eintritt (vgl. oben § 8).

Dagegen muß man Wolff[26]) beistimmen, daß der Grundsatz des § 986 Abs. 2 auch auf solche Fälle Anwendung zu finden hat, in denen der Eigentümer das Eigentum originär, aber auf Grund abgeleiteten Besitzes erlangt. So wenn der Eigentumsanspruch nicht auf Erwerb des Eigentums durch

[25]) Durch das Auftragsverhältnis zwischen Mieter und Freund im obigen Beispiele würde zwar mittelbarer Besitz beim Freunde entstanden sein, vgl. aber § 667.

[26]) vgl. hierzu Wolff a. a. O. S. 11 f.; ebenso Planck a. a. O. zu § 986, 2c S. 307 und Rappaport S. 200 f.

rechtsgeschäftliche Übertragung, sondern auf Ersitzung und diese auf einen durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegründeten mittelbaren Eigenbesitz (vgl. § 870) gestützt wird.[27]) Klagt in diesem Falle der neue Eigentümer mit der rei vindicatio gegen den Sachbesitzer, so kann dieser ihm sein dem Besitzvorgänger des neuen Eigentümers im mittelbaren Besitze gegenüber wirksames obligatorisches Besitzrecht entgegenhalten. Z. B. A vermietet eine gestohlene Sache, die er seit neun Jahren gutgläubig im Eigenbesitze hat, dem B auf zwei Jahre. Hierauf tritt er dem C zu Übereignungszwecken den Herausgabeanspruch ab. C ersitzt nach einem Jahre die Sache. Strengt C gegen B die rei vindicatio an, so kann dieser ihm einredeweise sein Recht zum Besitz auf Grund des Mietvertrags mit A entgegenhalten.[28])

---

[27]) Ein wenig praktischer Fall.

[28]) Dagegen kann nach Ansicht des RG. (Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 51 S. 88) die Bestimmung des § 986 Abs. 2, die lediglich eine Rechtsfolge des in § 931 zugelassenen Eigentumserwerbs durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe ist, gegenüber einem kraft Gesetzes eingetretenen Eigentumserwerbe (wie in §§ 952, 958, 959) keine unmittelbare Anwendung finden. Vgl. Neumanns Jahrb. des deutschen Rechtes 2. Jahrg. Bd. 1, Berlin 1905, zu § 986, 2b S. 564; vgl. auch Fischer-Henle a. a. O. zu § 986 Anm. 13 S. 520.

Dritter Teil.

Anhang.

§ 12.

Anwendung der Grundsätze des § 986 auf andere Ansprüche.

Die Grundsätze, die der § 986 zugunsten des Vindikationsbeklagten aufstellt, sollen aber nicht allein für den Eigentumsherausgabeanspruch gelten.[1]) Das Gesetz hat die Bedeutung dieser Grundsätze sehr richtig erkannt und ihre Anwendbarkeit deshalb auch für andere Ansprüche ausdrücklich anerkannt, so für den des Erbbauberechtigten (§ 1017), des Nießbrauchers (§ 1065), des Pfandgläubigers (§ 1227) und des früheren Besitzers (§ 1007 Abs. 3 Satz 2).[2]) Ist damit ihr Geltungsgebiet schon begrenzt? Oder sind die Grundsätze des § 986 auch noch auf andere Ansprüche anzuwenden, bei denen das Gesetz nicht ausdrücklich entsprechende Anwendung des § 986 gebietet? Das letztere ist zu bejahen.[3])

---

[1]) vgl. für die Darstellung dieses Paragraphen Wolff a. a. O. S. 23—32.

[2]) Ebenso Stammler a. a. O. S. 39 f.; Rappaport a. a. O. S. 210; Crome, Bürgerl. Recht a. a. O. § 385 Anm. 12 S. 235; dagegen findet § 986 keine entsprechende Anwendung bei den Ansprüchen aus §§ 1632, 2018, da diese nicht nach Art des Eigentumsanspruchs behandelt werden.

[3]) Ebenso Wolff, der diese Frage a. a. O. S. 23—32 eingehend behandelt. Vgl. ferner Rappaport a. a. O. S. 210 ff.

Zunächst finden die Grundsätze des § 986 entsprechende Anwendung auf den Eigentumsfreiheitsanspruch (actio negatoria § 1004). Es wird für die Ausschließung des Anspruchs (§ 1004 Abs. 2) genügen, wenn ein Dritter, der Zwischenmann, dem Beklagten duldungspflichtig ist, sofern nur der Zwischenmann dem Eigentümer gegenüber ein Recht zum Besitze hat und seine Duldungspflicht nicht seiner Befugnis gegenüber dem Eigentümer widerstreitet. Z. B. der Eigentümer hat sein Grundstück verkauft und es dem Käufer ohne Auflassung übergeben. Der Käufer hat darauf einem andern ein zunächst nur obligatorisch wirkendes Durchfahrtsrecht eingeräumt. Klagt der Eigentümer auf Unterlassung, so kann sich der andre auf das Besitzrecht des Käufers berufen. Würde aber der Zwischenmann dem Eigentümer gegenüber nicht berechtigt sein, dem Beklagten ein derartiges Störungsrecht einzuräumen, so könnte der Eigentümer negatorisch klagen. Z. B. wenn ein Grundstücksnießbraucher sich einem Nachbarn gegenüber zur Duldung von Einwirkungen auf das Grundstück, etwa durch Rauchmassen (vgl. § 906), verpflichtet, die die Rechte des Grundstückseigentümers gefährden würden.

Ferner kann auch dem Berichtigungsanspruche (§ 894) der Beklagte entsprechend den Vorschriften des § 986 entgegenhalten, daß der Kläger obligatorisch verpflichtet sei, die dem vorhandenen Buchstande entsprechende Rechtsstellung herbeizuführen.[4]) Wenn z. B. der Erbe dem Legatar den vermachten Nießbrauch — durch Einigung und Eintragung — bestellt hat und jetzt gegen den Legatar auf Löschung des Nießbrauchs klagt, weil die Einigung wegen Geisteskrankheit,

---

[4]) vgl. über diese bestrittene Ansicht die bei Wolff a. a. O. S. 24 Anm. 4 Genannten; Fuchs (a. a. O. S. 249 Bem. 2) und Kober (a. a. O. zu § 986, 1 f. S. 248) folgern die Unzulässigkeit der Einrede aus dem Wesen des Berichtigungsanspruchs.

sei es des Erben, sei es des Legatars, nichtig war, so kann der Legatar dagegen einredeweise sein obligatorisches Recht auf Bestellung des Nießbrauchs geltend machen. Der beklagte Legatar kann die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung verweigern, weil der Kläger verpflichtet ist, die Eintragung des Nießbrauchs für den Beklagten herbeizuführen. Dies hat nicht bloß die Bedeutung, einen Umweg (Löschung und Wiedereintragung) zu sparen.[5]) Es ist auch materiell von erheblicher Bedeutung. Klagt nämlich der fälschlich Eingetragene nachträglich kraft seines Forderungsrechtes auf Einigung, und erstreitet er, solange er noch im Grundbuch eingetragen ist, ein verurteilendes rechtskräftiges Erkenntnis (§ 894 ZPO.), so ist er damit dinglich Berechtigter geworden, und zwar mit Rückwirkung auf die Zeit der Eintragung (§ 879 Abs. 2). Seine Eintragung wirkt also gegen die inzwischen eingetragenen Realgläubiger. Würde er dagegen die rechtskräftige Verurteilung zur Einigung erst nach der Grundbuchberichtigung erlangt haben, so wäre eine neue Eintragung nötig. Diese aber würde ohne rückwirkende Kraft sein.

Wolff geht aber noch weiter und meint, die Einrede aus dem obligatorischen Rechte auf Einigung gegen den Grundstückseigentümer sei gegenüber der Berichtigungsklage (§ 894) nicht nur dann statthaft, wenn der obligatorisch Verpflichtete (z. B. der mit dem Legat beschwerte Erbe) selber die Berichtigungsklage anstrengt, sondern auch, wenn ein inzwischen eingetragener Realgläubiger (Hypothekar u. dergl.) die Löschung des zu Unrecht eingetragenen Vormannes begehre. Dagegen wendet sich Rappaport (a. a. O. S. 211), und zwar mit Recht. Nach § 879 Abs. 2 muß die Einigung bereits zustandegekommen sein, um die Eintragung zu einer rechtsgültigen zu machen. Vorher läßt sich dem obligatorisch

[5]) So Biermann a. a. O. zu § 894, 2d S. 89.

Verpflichteten gegenüber zwar die Einigung durch die Einredefunktion des obligatorischen Anspruchs ersetzen, Dritten gegenüber aber kann zum Nachteil ihrer dinglichen Rechte jene an sich nichtige und nur ausnahmsweise dem obligatorisch Verpflichteten gegenüber geschützte Eintragung nicht wirken.[6])

Eine analoge Anwendung des § 986 will Wolff auch in den Fällen, wo sich der Beklagte nicht auf eigenes „Tabularbesitzrecht", sondern nur auf das eines Dritten gegenüber dem Kläger beruft, vorausgesetzt, daß der Beklagte seinen Tabularbesitz von dem Dritten ableitet. Wolff gibt hierzu folgendes Beispiel: „A verkauft gültig sein Grundstück an B, B wird als Eigentümer eingetragen, obwohl die Auflassung wegen Formmangels nichtig ist, B bestellt dem C, der die Nichtigkeit jener Auflassung kennt, durch Einigung und Eintragung eine Hypothek. A klagt auf Berichtigung des Grundbuchs gegen B und C, B kann ihm sein Recht auf Auflassung einredeweise entgegenhalten, aber auch C entgeht der Verurteilung, da er ein Recht gegen B und dieser ein Recht gegen A auf Aufrechterhaltung des Buchstandes hat." Für das Wesentliche der Entscheidung ist es, worauf sehr richtig schon Rappaport (a. a. O. S. 212) hingewiesen hat, ohne Belang, ob B und C zugleich oder C allein und vor B verklagt wird. Rappaport bezweifelt aber, und m. E. ist dieser Zweifel auch berechtigt, ob der „physische" dem „Tabularbesitz" hinsichtlich der Berufung auf das Tabularbesitzrecht eines Dritten gleichzustellen ist. Die dem § 986 analoge Verleihung einer Einrede aus dem „Tabularbesitzrecht" eines Dritten ist bedenklich. Dagegen läßt sich nicht leugnen, daß Wolffs Entscheidung der „Billigkeit und Zweckmäßigkeit" durchaus entsprechen würde.

[6]) Überhaupt würde diese Rechtslage dem § 986 gar nicht entsprechen, da dem Rechte des Klägers nicht wie bei der Rechtslage des § 986 eine Einrede aus dem Rechte des obligatorisch Verpflichteten entgegengesetzt werden könnte.

Den Besitzschutzansprüchen der §§ 861, 862 gegenüber sind Einwendungen aus einem Rechte zum Besitze gegen den Kläger möglich, wenn die Feststellung eines solchen Rechts durch rechtskräftiges Urteil erfolgt ist (§ 864 Abs. 2). Dasselbe muß auch gelten, wenn der Beklagte ein Besitzrecht zwar nicht unmittelbar gegen den Kläger, aber doch gegen einen Dritten hat, der seinerseits dem Kläger gegenüber besitzberechtigt ist, z. B. als Nießbraucher oder Mieter. Allerdings müßte hier die rechtskräftige Feststellung der beiden Besitzrechte erfolgen, und zwar könnte diese im Prozesse zwischen dem jetzigen Kläger und dem jetzigen Beklagten erfolgen oder auch gesondert von dem Beklagten gegen den Dritten und von diesem gegen den Kläger erwirkt werden.[7])

Ebenso muß einer deliktischen Klage auf Herausgabe einer entzogenen Sache (§§ 823, 249) das Besitzrecht des Beklagten entgegengehalten werden können. Wer sich durch verbotene Eigenmacht den Besitz einer Sache verschafft, auf deren Besitz er dem Dejizierten gegenüber ein Recht hat (so z. B. der Käufer, der Mieter, der Nießbraucher), kann von dem Dejizierten nicht wegen schuldhafter, rechtswidriger Verletzung seines Eigentums an der weggenommenen Sache belangt werden. Das Besitzrecht schließt hier die Widerrechtlichkeit aus. Nicht das Eigentum des Klägers, sondern sein Besitz ist „widerrechtlich verletzt". Gegen diese Verletzung des Besitzes, die eigenmächtige Besitzentziehung, gibt es aber nur den Schutz aus §§ 861 ff.[8])

Endlich ist die Einrede des Rechts zum Besitz in dem von § 986 gegebenen Umfang auch gegenüber den Rückgabeansprüchen aus Schuldverträgen, wie z. B. denen des Vermieters, Verpächters, Verleihers, Verpfänders, Hinter-

---

[7]) Wolff a. a. O. S. 27.

[8]) vgl. hierzu die treffende Ausführung von Wolff a. a. O. S. 27 f.

legers zu gewähren.[9]) Die Einrede des Rechts zum Besitze soll also nicht nur gegenüber Herausgabeansprüchen auf Grund dinglichen Rechts, sondern auch gegenüber Herausgabeansprüchen auf Grund obligatorischen Rechts wirken.[10]) Das Recht zum Besitze gegenüber dem Kläger kann auch hier sowohl ein dingliches als ein persönliches sein, z. B. der auf Rückgabe belangte Mieter oder Entleiher macht sein Eigentum[11]) an der Sache geltend; der Depositar hat den Mieter der deponierten Sache beerbt. Das BGB. sagt über solche Besitzrechtseinreden allerdings nichts.[12]) Es spricht nur davon, daß der Mieter verpflichtet ist, die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben (§ 556); entsprechendes bestimmt das Gesetz für den Entleiher (§ 604), Verwahrer (§ 695) und den Pfandnehmer (§ 1223). Die Mot. Bd. 2 S. 402 verweisen hinsichtlich der Zulässigkeit der Besitzrechtseinreden nur auf den Grundsatz: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Die Zulässigkeit der Einreden aus einem Besitzrechte gegenüber Herausgabeansprüchen auf Grund obligatorischer Rechtsverhältnisse kann auch nicht zweifelhaft sein. Es kommt dabei auch hier immer auf das bessere Besitzrecht an. So kann der Depositar gegen den Rückgabeanspruch des Deponenten die Eigentumseinrede geltend machen, weil ihm an sich das Eigentum ein besseres Recht zum Besitze gibt. Allerdings würde die Besitzrechtseinrede allein noch nicht genügen, da wiederum der Kläger dem Beklagten gegenüber ein

[9]) Wolff a. a. O. S. 29—32; vgl. hierzu auch die bei Wolff Genannten.

[10]) vgl. Rappaport S. 212ff.

[11]) Es kann auch ein anderes dingliches Recht, z. B. Pfandrecht sein. Vgl. den Rechtsfall in den Entsch. d. RG. Bd. 25 Nr. 37. A hat Wertpapiere des B bei C deponiert, C hat sie bei sich wegen seiner Forderung gegen B pfänden lassen und verweigert aus diesem Grunde ihre Herausgabe an A.

[12]) vgl. aber das sächs. BGB. §§ 1184, 1227.

besseres Recht zum Besitze haben könnte.[13]) Hat der Deponent ein besseres Besitzrecht (z. B. Nießbrauch) als der Depositar und Eigentümer, so kann er damit das Besitzrecht des Depositars schlagen. Sonach behält das bessere Besitzrecht immer die Oberhand.

Kann sich aber der Beklagte gegenüber der Schuldklage auf eignes Besitzrecht gegen den Kläger berufen, so kann er sich entsprechend § 986 auch auf das Besitzrecht eines Dritten, dem gegenüber er seinerseits zum Besitze berechtigt ist, berufen.[14]) Z. B. A hat die Sache des B bei C deponiert und klagt auf Rückgabe. C kann die Herausgabe der Sache verweigern, weil er dem B gegenüber, von dem er die Sache nachträglich gemietet hatte, zum Besitze berechtigt ist. Sind die sich entgegenstehenden Besitzrechte aber „gleich gut" (z. B. der klagende Deponent hatte die Sache vom Eigentümer gleichfalls gemietet), so hat der obligatorische Herausgabeanspruch des Klägers das Übergewicht. Die Besitzrechtseinrede des beklagten Depositars dringt in diesem Falle nicht durch, der Klage auf Rückgabe ist stattzugeben.

Wir sehen also, daß das Recht zum Besitz, insbesondere das mit dem Sachbesitze verknüpfte obligatorische Recht zum Besitze, dem Besitzer gegen Heraus- oder Rückgabeansprüche jeder Art einen starken Schutz gewährt. Dem Sachbesitze wird dadurch die ihm gebührende bevorzugte Stellung gegenüber den ihn bedrängenden mannigfaltigen Rechten gesichert.

---

[13]) vgl. hierzu Rappaport a. a. O. S. 215.

[14]) Wolff a. a. O. S. 32; dagegen a. A. Rappaport S. 215 f.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.